

CLEITON SACOMAN

**JURISTOCRACIA: O EXERCÍCIO JUDICIAL DO PODER COMO AMEAÇA À
DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

CURITIBA

2018

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, verdadeiros guias da minha vida a quem dedico todas as minhas vitórias.

À Fernanda, esposa, amiga e companheira de todos os momentos, pelo apoio e carinho ao longo da jornada percorrida para a elaboração desta dissertação.

À minha amada filha Rafaela, pela compreensão com a ausência do pai durante os momentos de estudo e escrita e pelas visitas surpresas, que preenchiam os momentos de solidão com amor e motivação para o prosseguimento dos labores.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador e amigo, Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros, pela competência, sapiência e respeito com que conduziu este processo, até sua síntese, sabendo equalizar cobrança e apoio à continuidade e aprimoramento do trabalho.

Ao Professor Dr. André Peixoto de Souza pela implementação deste programa de mestrado de forma tão intensa e cheia de ideais e pelo auxílio e incentivo do início ao fim desta jornada.

Aos professores Dr. Walter Guandalini Jr e Dr. Eduardo Biacchi Gomes pelas valiosas contribuições na banca de avaliação da dissertação.

Ao Coordenador do PPGD, Prof. Dr. Daniel Ferreira, pelo compromisso em fazer deste Mestrado Acadêmico em Direito um referencial de qualidade de pesquisa e produção científica.

Ao Centro Universitário Internacional – UNINTER, pela concessão da bolsa de mestrado e pelo empenho em tornar seu PPGD uma referência de qualidade e compromisso com o bem estar da sociedade paranaense por meio do fomento à pesquisa.

“Posteridade! Você jamais saberá o quanto custou à atual geração preservar sua liberdade! Eu espero que você faça um bom uso dela.”
(John Adams, Cartas de John Adams endereçadas a sua esposa – Tradução nossa)

Autor: Cleiton Sacoman

Título: Juristocracia. O exercício judicial do poder, como ameaça à democracia

Resumo:

O presente estudo objetiva averiguar se a judicialização da política, fruto das transformações ocorridas no contexto da formação constitucional norte americana e exponencialmente aplicada no ocidente após a II Guerra Mundial, afeta a tripartição dos Poderes e a democracia. A justificativa para tanto reside no fato de que a teoria da tripartição dos poderes, tal como formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada após a ascensão normativa das Cartas Constitucionais, fazendo com que muitas decisões judiciais passassem a abarcar a implementação de Políticas Públicas e atos tipicamente legislativos. Essa atuação *sui generis* do Poder Judiciário relativiza o sistema de freios e contrapesos e gera o temor quanto ao restabelecimento da concentração de Poder de forma antidemocrática, permitindo que poucos membros de uma Corte Constitucional decidam os desígnios da nação de acordo com suas vontades e moralidades. O estudo abordará aspectos teóricos e históricos atinentes ao Estado Democrático de Direito e as transformações que implicaram na instituição do *judicial review* no contexto da formação constitucional norte americana, visando contraporlo à judicialização das políticas públicas calcadas em direitos fundamentais, de forma a identificar aproximações e distanciamentos entre ambos, bem como se tal proceder ameaça a separação dos Poderes e a democracia. A pesquisa tem caráter bibliográfico, e foi elaborada mediante uso de livros, teses, dissertações e artigos científicos.

Palavras chave: Política – c - Democracia

Author: Cleiton Sacoman

Title: Juristocracy. The judicial review as a threat to democracy

Abstract:

The present study aims to investigate whether the judicial review, as a result of the transformations that took place in the context of North American constitutional formation and exponentially applied in the West after World War II, affects the separation of Powers and democracy. The justification for this lies in the fact that the doctrine of the separation of powers, as formulated by Montesquieu in the mid-eighteenth century, has been relativized after the normative rise of Constitutional Letters, causing many judicial decisions to embrace the implementation of Public policies and typically legislative acts. This peculiar act of the judiciary relativizes the system of checks and balances and generates the fear of reestablishing the concentration of power in an undemocratic way, allowing few members of a Constitutional Court to decide the designs of the nation according to their wishes and morals. The study will cover theoretical and historical aspects related to the Democratic State of Law and the transformations that implied in the institution of judicial review in the context of the North American constitutional formation, aiming to counter it to the judicialization of public policies based on fundamental rights, in order to identify approximations and distancing between them, as well as whether such a course threatens the separation of powers and democracy. The research has a bibliographic character, and was elaborated through the use of books, theses, dissertations and scientific articles.

Keywords: Politics - Judiciary – Democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: O Direito e sua História como ciência	13
2. DO LEVIATÃ AO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL	31
2.1 Estado Liberal x Estado Social: Da garantia de liberdade ao papel de agente transformador da realidade social	45
2.2 Da formulação e execução das políticas públicas	51
2.3 soberania popular como fundamento do estado moderno	57
3. JUDICIAL REVIEW: DE VOLTA À CENTRALIZAÇÃO DO PODER?	71
3.1 - Os juristas e o controle do poder: o que nos revela a história?	77
4. CONCLUSÕES	84
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas no direito constitucional desde o pós II Guerra Mundial têm exigido da comunidade jurídica enorme esforço a fim de readaptar os conceitos e a doutrina, à nova realidade constitucional.

A teoria da tripartição dos poderes, tal como formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada, não só pela delegação legislativa ao poder executivo em casos especiais, mas especialmente pela judicialização da política, fenômeno decorrente da constitucionalização do direito, isto é, da ascensão normativa das Cartas Constitucionais após a inclusão dos direitos humanos como núcleo do Estado Democrático.

Ao presente estudo interessa este segundo fenômeno, que tem causado acaloradas discussões, inclusive entre os Poderes constituídos, face ao crescente exercício do Poder Político pelo Poder Judiciário, que tem assumido “a última palavra” em temas que tradicionalmente eram afetos aos Poderes Legislativo e Executivo.

O espectro decisional passou a abarcar a implementação de Políticas Públicas e até mesmo atos tipicamente legislativos, *ex vi* dos inúmeros precedentes em que a Corte Suprema utilizou-se de dados estatísticos e de supostas consequências, futuras e incertas, da aplicação ou negação da norma objeto da demanda, atividade de evidente política legislativa (STRECK, 2015, p. 9).

Essa atuação *sui generis* do Poder Judiciário, ao passo que o fez alcançar maior importância no cenário político, gerou o temor de que a relativização dos sistemas de freios e contrapesos acabe por restabelecer a concentração de Poder de forma antidemocrática, permitindo que poucos membros de uma Corte Constitucional decidam os desígnios da nação de acordo com suas respectivas vontades e moralidades. Este tipo de governo a doutrina tem denominado de “juristocracia”¹ e é com esse significado que o termo será expresso no presente estudo. (HURSCHIL, 2007, p.1)

¹ O termo juristocracia é utilizado por HURSCHIL para retratar o fenômeno mundial de transferência de imensa quantidade de poder de órgãos representativos para o poder judiciário, exponencialmente elevado após a promulgação ou revisão de constituições desde o pós-segunda guerra e da redemocratização na América Latina.

Esse caráter contramajoritário² das Cortes Constitucionais, embora não seja o único, é o ponto principal das teorias críticas da Judicialização da Política, que apontam a carência de legitimidade democrática dos juízes para decidir sobre a constitucionalidade das leis e especialmente sobre a escolha de políticas públicas. Ainda quando aceita a tese de que os juízes podem “desenvolver” as leis, resta o questionamento acerca dos critérios para definir de que forma dar-se-ia o desenvolvimento “adequado” (BARBOZA, 2012, p. 98)

É importante destacar que esse fenômeno, originado nos Estados Unidos há mais de dois séculos, tem se espalhado por vários países, especialmente após a alteração das Constituições da Europa Ocidental no pós II Guerra e de países Latino Americanos após a redemocratização. (STRECK, 2015, p. 4)

O presente estudo pretende investigar se o que se pratica atualmente sob a denominação de *judicial review* representa o mesmo instituto criado no contexto da formação da constituição federal norte americana. De igual forma, buscar-se-á compreender os motivos determinantes e os objetivos da criação do *judicial review*, a forma como este instituto foi incorporado às modernas constituições sociais e de que forma isso afeta ou pode afetar a escolha das políticas públicas a serem postas em prática, tomando especial atenção a existência de em um Estado Democrático;

No Brasil, decorridos quase trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se processo inflacionário de julgamentos fundados nas teorias constitucionalistas, muitos deles proferidos sem qualquer preocupação com o sistema legal ou com o orçamento público, baseados exclusivamente em critérios e impressões pessoais dos julgadores, traduzindo-se em perigosos precedentes à democracia e até mesmo à República, já que impõem gastos sem previsão orçamentária.

² Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, constitui-se igualmente como um necessário mecanismo de contenção do poder das maiorias. É que se denomina, pois, de contramajoritarismo. Talvez na existência de uma regra contramajoritária é que resida o grande dilema da democracia naquilo que ela finca raízes históricas no direito (constitucional) e com ele guarda um profundo débito. É neste ponto, aliás, que Laurence Tribe começa seu influente tratado sobre direito constitucional, procurando enfrentar esse dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional: em sua forma mais básica, a pergunta é por que uma nação que fundamenta a legalidade sobre o consentimento dos governados decidiria constituir sua vida política mediante um compromisso com um pacto/acordo original estruturado deliberadamente para dificultar mudanças. (STRECK, 2006, p. 19)

A resistência ao modelo atual redundou na PEC nº 3/2011, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, pela qual se pretende conceder ao Poder Legislativo, a faculdade de sustar os atos decisórios do Poder Judiciário que acabem por criar nova norma em decorrência da interpretação do sistema jurídico, de maneira similar a denominada cláusula do “notwithstanding”, prevista na carta de direitos e liberdades do Canada. Tal mecanismo confere a possibilidade ao parlamento e às assembleias provinciais de relativizar, de maneira temporária e excepcional, a aplicação de decisões judiciais que possam afastar a aplicação da legislação infraconstitucional sob o fundamento de incongruência com as garantias constitucionalmente previstas. (SANTOS, 2013, p.10.288)

A primeira hipótese que se busca comprovar é a de que o controle das questões constitucionais, tal como vislumbrado com o surgimento do *judicial review*, na formação constitucional Norte Americana, foi moldado com fulcro nos ideais liberais então vigentes, com vistas a garantir os direitos de liberdade daquele Povo e na limitação do Poder do Estado, não afetando a democracia ou a separação dos poderes, vez que utilizado de forma a afastar a atuação do Estado na vida privada.

A segunda hipótese a ser comprovada é a de que a adoção do *Judicial Review* no contexto das Constituições Sociais traz elevado risco à democracia, por implicar na transferência, ao judiciário, do poder de criar e determinar a execução de políticas públicas, sob o fundamento de que as ordens constitucionais do pós guerra impõem deveres ativos ao Estado, vinculando-o a determinadas ações, independentemente da vontade política prevalente e da existência de recursos para atender a todas estas demandas constitucionais.

O estudo proposto, portanto, encontra plena aderência à linha de pesquisa, História, Poder e Jurisdição, visto que a contraposição da judicialização da política ao princípio democrático exige que sejam tratados os aspectos teóricos e históricos atinentes à formação e transformação pela qual passaram o Estado moderno e o chamado *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o qual se pode sintetizar como limitação do exercício do Poder dos representantes democraticamente eleitos.

O capítulo 1 visa expor os critérios científicos que nortearam o presente estudo e dotar o leitor das ferramentas necessárias à plena compreensão de fenômenos históricos, costumeiramente ignoradas nos estudos dos institutos jurídicos.

No capítulo 2, por sua vez, tem por objetivo demonstrar a grande concentração de poder quando do surgimento do Estado Moderno, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático, bem como a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo. Visa, ainda, demonstrar que a tripartição das funções estatais garante maior transparência em relação ao funcionamento do Estado, amplificando o poder do povo e controlando o uso do poder por aqueles que ocupam cargos públicos eletivos ou não.

Na seção 2.1, objetivar-se-á demonstrar que a busca por segurança (física e patrimonial) tiveram papel fundamental na formação do Estado Moderno, o qual foi incumbido de promovê-la com afetação mínima da liberdade individual, bem como a transformação do papel do Estado ao longo do tempo, com a assunção de tarefas outras, tais como a criação de infraestrutura, o estabelecimento de políticas públicas de saúde, educação e previdenciárias.

A seção 2.2 trata das etapas inerentes à formulação e implementação de políticas públicas, tendo por objetivo fomentar a percepção de que tais atividades só podem alcançar os resultados desejados quando elaboradas por órgãos majoritários, sujeitos à avaliação periódica por parte da população, o que implica reconhecer a ineficiência de sua prática pelo Poder Judiciário.

Encerrando o segundo capítulo, a seção 2.3 busca-se demonstrar que a soberania popular sedimentou-se como fundamento do Estado Moderno, sendo indiscutível caber ao “povo” a escolha das intervenções que o Estado fará na e em prol da sociedade, resguardadas as garantias individuais, especialmente às de liberdade e igualdade.

Como os contornos elásticos do *judicial review* possibilitam que a vontade popular seja solapada pela vontade do julgador, sendo isso uma preocupação constante de grande parte da doutrina que se dedica ao estudo deste instituto jurídico, a qual aponta que a ausência de parâmetros legais ao exercício do *judicial review* leva ao desprestígio da lei em favor de princípios nitidamente moldados às impressões pessoais do julgador,

ocasionando tensão entre os Poderes, aumento dos gastos estatais sem previsão orçamentária e, em muitos casos, criando uma classe de “cidadão diferenciado”, visto que essa atuação jurisdicional tem sido largamente praticada em demandas individuais, que não geram efeitos *erga omnes*, ampliando o abismo social entre aqueles que possuem e os que não possuem acesso ao Poder Judiciário.

O capítulo 3 é dedicado a apuração deste risco à democracia e, para tanto, contrapõe a judicialização da política praticada contemporaneamente, especialmente no que se refere a determinação de implementação de políticas públicas calcadas em direitos fundamentais, de forma a identificar aproximações e distanciamentos em relação ao instituto do *judicial review*, tal como formulado em sua origem, no contexto da formação constitucional norte americana, bem como as implicações em relação à separação dos Poderes e à democracia.

Ainda com vistas a apurar o risco de afetação democrática, traz-se na seção 3.1 uma análise histórica acerca do comportamento dos juristas em relação ao exercício do poder, pela qual se busca demonstrar que esta classe de profissionais há muitos séculos busca estabelecer-se como uma elite intelectual a quem é resguardado o poder de dizer o que é o direito, em suma, o direito de exercer o poder.

Em resumo, o presente estudo pretende demonstrar que a democracia se constitui como o fator de estabilidade do Estado Contemporâneo, permitindo a alternância no exercício do poder, o respeito às minorias e a real possibilidade de direcionamento e controle do sucesso das políticas públicas ao submeter os agentes políticos, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo à aprovação de desempenho por meio de eleições regulares.

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: Tratando o Direito e sua História como Ciência

Antes de entrar propriamente no tema objeto do presente estudo, faz-se necessária a exposição dos aspectos metodológicos aptos à compreensão das premissas que o embasam. De fato, um trabalho que busque a alcunha de científico não pode resumir-se a mero discurso, carecendo de um método capaz de demarcar seu objeto e as circunstâncias que o afetam, de forma a permitir a contestação de suas conclusões pela comunidade científica.

O que se busca, neste aspecto, é dotar o leitor das ferramentas necessárias à identificação do instituto do *judicial review* em seu contexto histórico, para que se possa compreender os motivos pelos quais o povo norte americano desejou implementar uma medida que possibilitasse ao judiciário conter a atuação do poder legislativo. Só a partir do real entendimento do instituto originário é que se poderá contrapor-lo à judicialização das políticas públicas praticadas no presente, sob pena de naturalizá-lo à visão do interprete, preso às lentes do presente.

O presente capítulo visa destacar ao leitor que apesar da pretensão de afastamento entre sujeito e objeto, tanto o cientista do direito, quanto os juízes possuem *imprintings* e *themas* que os direcionam na análise e conclusões acerca da validade e aplicabilidade das normas legais. Assim, torna-se indispensável a fixação de nítidos critérios de verificabilidade dos processos interpretativos, sob pena de inovações normativas serem implementadas pelos tribunais, dissimuladamente, sob a alcunha de interpretação.

O controle científico proposto toma maior relevo quando a interpretação do direito puder conduzir a aceitação de que o Poder Judiciário está legitimado a determinar a execução de uma determinada política pública ou ao atendimento de algum direito subjetivo que deveria ser atendido por meio de política pública.

A cientificidade do direito tem sido sistematicamente questionada por aqueles que, ainda nos tempos presentes pretendem aplicar às ciências sociais, os mesmos métodos usados às ciências naturais. Contudo, tratando-se de objetos totalmente diversos, resta impossível o exercício de tal pretensão, forçando ao cientista do direito a desenvolver

métodos capazes de identificar a realidade, diante das técnicas e ferramentas tecnológicas das quais dispõe num dado momento.

A ciência moderna caracteriza-se pela separação entre senso comum e saber científico, negando a existência de qualquer espécie de conhecimento que não siga seus pressupostos epistemológicos. É possível afirmar que “... a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da nossa experiência imediata. Tais evidências, que estão na base do conhecimento vulgar, são ilusórias.” (SANTOS, 2005, p. 60-62)

A partir do século XVIII esse tipo de pensamento teve influência sobre todos os ramos da ciência, inclusive sobre as sociais, e apesar das grandes diferenças com as ciências naturais, passou-se a aplicar os pressupostos epistemológicos desta com base na apuração de fatores externos, observáveis e mensuráveis, excluindo-se todo e qualquer aspecto subjetivo da análise. No campo do direito, tal sistema resultou no positivismo oitocentista. (SANTOS, 2005, P. 65-66).

O positivismo surgiu como resposta à insegurança jurídica presente no direito continental europeu anteriormente ao século XVIII. Isso porque tal direito era composto de um conjunto de normas decorrentes dos costumes e, ainda quando oriunda de algumas poucas leis escritas, variava arbitrariamente de acordo com os desejos dos príncipes ou dos senhores de cada condado, inexistindo qualquer racionalidade.

KELSEN (1999, p. 50-72) , inspirado na “dureza” das ciências da natureza, sustentou não ser função da ciência do direito averiguar as consequências da aplicação da lei e que o uso de critérios subjetivos ou de dados oriundos de outras disciplinas desnaturaria seu caráter científico, de forma que a ciência do direito deveria extrair o significado da legislação pela simples interpretação normativa, sem modificação de seu conteúdo e recusando qualquer aspecto valorativo atinente ao cientista, mero observador dos fatos.

Nota-se que para o positivismo o importante era criar um método apto ao controle do direito, de forma a gerar certeza sobre sua aplicação, retirando a insegurança decorrente das subjetivas interpretações efetuadas no antigo regime.

Carlos Santiago Nino critica a inclusão da ciência jurídica ao lado das ciências naturais, aduzindo que isto visou, primordialmente, “... atrair para a atividade dos juristas o halo de prestígio e aprovação que cerca qualquer atividade que pode ser designada

com a palavra ‘ciência’.” Contudo, para este autor, a importância da jurisprudência deve ser deduzida das necessidades sociais que deve satisfazer, indicando “a conveniência de que a tarefa de propor modelos de ciência jurídica seja precedida de uma investigação das funções, métodos e pressupostos da atividade desenvolvida efetivamente pelos juristas”, de forma a identificar se o método sugerido satisfaz mais eficientemente essas mesmas funções, métodos e pressupostos (NINO, 2010, p. 376).

De se notar que a corrente jusnaturalista, em sua vertente racionalista, buscou sistematizar o direito por meio da defesa de um “pretense” direito universal, fundado na razão humana, ao qual “[...] corresponde a um ideal de justiça superior aos comandos das leis positivas”, capaz de ser aplicado a todos os homens porque baseado na razão. Os jusracionalistas construíram sistemas jurídicos que objetivavam ser completos, coerentes e precisos “[...] análogos aos que constituíam os sistemas axiomáticos da geometria, cuja base fosse integrada por certos princípios evidentes por si mesmos para a razão humana. Daqueles princípios se deduziriam normas para todos os casos juridicamente relevantes [...]” (NINO, 2010, p. 380)

O jusnaturalismo influencia o direito até os dias atuais, sendo comum a defesa da existência de um direito universal mínimo, composto por direitos que não podem ser negados a qualquer ser humano, prevalecendo como um direito pré-constitucional e que, portanto, não poderia ser negado nem mesmo pela ordem constitucional. (HESPANHA, 2017)

Embora pareça contraditório, já que o racionalismo centrou suas forças no direito positivo, as críticas efetuadas pelos racionalistas diretamente influenciaram o movimento de codificação ocorrido a partir do século XVIII. A codificação, afinal, atendeu vários dos anseios desse grupo de juristas, pois os códigos eram: 1) sistematizados e bastante completos, acabando com a confusão de leis até então existentes; 2) possuíam um grau de compreensão bastante elevado, especialmente comparado com a legislação que substituiu; 3) possuíam origem verificável, ao passo que oriundas de uma autoridade constituída e, finalmente, 4) possuíam justificação axiológica. (NINO, 2010, p.382-383)

Consequência da nova sistemática implementada com os códigos, a doutrina passou a ter um papel muito reduzido no âmbito do direito, posto que, ante a certeza e

completude destes, não mais se faziam necessárias as construções doutrinárias, que muitas vezes acabavam por criar direito e não simplesmente interpretá-lo.

É nesse contexto que surge a *escola da exegese* na França, a qual defendia que somente a lei era fonte do direito e, somente a vontade do legislador poderia ser utilizada para interpretá-lo. Esta escola tem origem na desconfiança que os revolucionários, tinham em relação aos juristas, vistos como uma categoria de parasitas.

Cronologicamente, surge a escola da *jurisprudência de conceitos*, também baseada na legitimidade do direito legislado, mas com características que passaram a influenciar a ciência do direito. Sobre as características dessa escola, destaca-se a lição de NINO (2010, p. 382):

1. Adesão ao direito legislado como fonte quase exclusiva do direito;
2. Suposição de que o direito legislado é preciso, completo e coerente;
3. Adoção do método chamado “de construção”, que consiste na combinação de certos conceitos jurídicos fundamentais, mediante os quais podem ser encontradas regras contidas de modo implícito no direito legislado;
4. Limitação da tarefa do juiz a uma atividade puramente cognoscitiva, dispensando avaliações das consequências práticas de suas decisões, as quais devem ser inferidas, de maneira mecânica, das regras obtidas no direito legislado, pelo método de construção.

Essa sistemática funcionou adequadamente no início, pois como já exposto anteriormente, os códigos receberam grande parte dos ideais formais e axiológicos defendidos pelos filósofos jurídicos e dos ideais iluministas. Todavia, com as alterações legislativas nem sempre decorrendo de aspectos lógicos, houve uma ruptura entre os ideais dos filósofos e a lei escrita, que afastou a dogmática da aceitação valorativa da norma ou de suas qualidades lógicas, para que se ocupasse exclusivamente do reconhecimento da autoridade legiferante.

Contudo, a necessidade de um sistema jurídico coeso e racional, exige uma forma de interpretação que se atente a tal objetivo sem implicar na alteração da lei escrita e é

neste aspecto que a dogmática jurídica cumpre sua mais importante missão. (NINO, 2010, p. 383-384)

Nota-se, novamente, grande preocupação com a manutenção da raiz democrática do direito, negando-se a faculdade de juízes e tribunais atuarem discricionariamente, ou como era comum no antigo regime, “moldarem a lei” a interesses pouco sindicáveis. A interpretação do direito não pode distanciar-se da lei democraticamente elaborada e para tal mister a dogmática utiliza-se da presunção do legislador racional, único, imperecível, integralmente consciente, onisciente, sempre operante, justo, coerente, preciso e onicompreensivo. Ao assim proceder, a interpretação da lei tende a “selecionar” as normas de forma que naturalmente se apliquem aquelas mais amoldadas à moral e à política vigentes num dado local, num dado tempo. Nas palavras de Carlos Santiago Nino:

[...] pressupondo a racionalidade do legislador, os juristas dogmáticos podem atribuir-lhe as soluções por eles para adequar o direito a certos *standards* axiológicos vigentes, preencher suas lacunas, eliminar suas contradições, tornar precisos seus termos vagos, prescindir das normas supérfluas etc., sem que apareçam como uma modificação da ordem jurídica positiva, mas como se fossem uma descrição do direito vigente, tal como genuinamente deve ter sido pensado pelo legislador. Essa técnica, sem dúvida não é empregada de forma cínica, ou especulativa pelos juristas, mas sim na maioria dos casos, como honestidade científica, obedecendo a hábitos teóricos herdados por tradição e cujos resultados soam como satisfatórios ao permitir compatibilizar o desejo de segurança jurídica com o de adequação da ordem jurídica a padrões de racionalidade e de justiça. (NINO, 2010, p. 386-387)

Com efeito, a dogmática jurídica também defende a sistematização do direito, substituindo um dado número de normas que tratam de temas similares pela elaboração de uma única norma, mais abrangente e aplicável a todas as situações tratadas nas normas substituídas. Essas normas gerais são denominadas de princípios. (NINO, 2010, p. 392) Ao assim proceder, a dogmática traz ao direito como um todo, o caráter de generalidade tão caro à validade da lei.

A dogmática costuma fazer uso da linguagem como forma de amoldar determinadas situações em um conjunto normativo inicialmente não previsto à sua tutela. Isso ocorre por meio da perquirição e atribuição da natureza jurídica dos institutos, cuja principal função é dar lógica ao sistema jurídico, “encaixando” várias situações em um marco legal de maior extensão sem ter que recorrer à analogia. (NINO, 2010, p. 395-397).

A possibilidade dos aspectos pessoais do interprete influírem na escolha das normas e soluções aplicáveis é válida, mas não incompatibiliza a dogmática jurídica com o direito democraticamente produzido, pois da técnica da sistematização decorrem as teorias jurídicas, elaboradas com o propósito de explicar uma gama de normas que integram um determinado código/direito. Elas possuem natureza normativa, eis que derivadas da lei e a ela visam explicar, mas são destinadas a descrever determinado aspecto da realidade social ou a própria ontologia de uma instituição ou conceito. É do caráter descritivo das teorias que se abstrai que as soluções por elas propostas são efetivadas de acordo com o critério de verdade e falsidade. (NINO, 2010, p. 393-395)

Todavia, é crescente o questionamento sobre os pressupostos e métodos de justificação da dogmática, apontando-se a incoerência entre a pretensão de descrever o direito de maneira axiologicamente neutra, em contraposição à reelaboração do sistema jurídico, feita de acordo com os mecanismos já expostos.

Esta crítica torna-se válida se a interpretação/sistematização do direito for executada de forma velada, não permitindo aferir as alternativas passíveis de consideração no processo de interpretação das normas, dificultando o confronto das conclusões do interprete.

Todavia, se feita de maneira transparente, expondo-se as ponderações efetuadas, a dogmática contribuirá para a reformulação do sistema jurídico, vez que ao executar esse papel articulará os diversos princípios orientadores das soluções aplicadas, permitindo o amplo debate acerca de tais valores e, conseqüentemente, auxiliando na formulação de um sistema realmente coerente. (NINO, 2010, p. 400)

Embora muitos juristas sustentem que a dogmática deveria limitar-se à função de descrever e sistematizar o direito, passível de ser verificada por meios objetivos e valorativamente neutros, não existem “... razões importantes – exceto preconceitos contra toda tarefa teórica que não se adapte a cânones de ‘cientificidade’ – que justifiquem esse abandono da função latente que a dogmática satisfaz.” (NINO, 2010, p. 400-401)

Conjugando-se as propostas de MORIN e NINO, ter-se-á um sistema de interpretação baseado na Lei e, portanto, com direta observância do princípio democrático, capaz de apontar as diversas soluções possíveis em razão da polissemia

inerente às leis, permitindo um diálogo transparente com os órgãos majoritários, de forma a fomentar as alterações socialmente desejáveis.

Partindo-se do conceito de falibilismo³, não há motivos para defender a tese de que a ciência jurídica deve se abster de identificar problemas na elaboração/aplicação da lei e de propor soluções a esses problemas com base em aspectos externos a norma.

Afinal, uma vez assumida a função de reformador do sistema, claramente expostas todas as interpretações cabíveis a um determinado enunciado jurídico e os motivos que ensejam a aplicação de uma solução em detrimento das demais possíveis, estar-se-á dando pleno cumprimento aos postulados metodológicos exigidos pela ciência, apresentando-se uma solução objetiva e sujeita a verificação.

Sobre a objetividade, MORIN leciona ser:

[...] o resultado de um processo crítico desenvolvido por uma comunidade/sociedade científica num jogo em que ela assume plenamente as regras. Ela é produzida por um consenso, porque qualquer um que reflita sobre a objetividade pode dizer: "O que nos faz ver que alguma coisa é objetiva? Bom Na verdade, é um consenso de pesquisadores e, como diz Popper, a objetividade dos enunciados científicos reside no fato de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a testes... Se a objetividade se baseia numa dinâmica complexa, então efetivamente, vocês podem compreender uma coisa importante na qual Popper insistiu muito: se a objetividade científica fosse fundamentada na imparcialidade ou na objetividade o sábio, individualmente, então deveríamos desistir dela. (MORIN, p. 42)

O que se propõe com a utilização da dogmática para fins de revelação das possíveis interpretações de uma norma é a formalização de um discurso capaz de ser contestado ou afirmado por todos os interessados na definição do conteúdo das normas jurídicas, de forma que esta tarefa não fique restrita ao Poder Judiciário, tão comprometido com interesses particulares e de classe, quanto qualquer interprete.

É interessante observar que a ciência moderna, por vezes tenta esconder a realidade ao sustentar que o comportamento imparcial do cientista decorre da frieza do laboratório e da verificabilidade a que seus estudos são postos diante da comunidade científica. Ora, o cientista não é um ser livre de *imprintings*, sendo muitas vezes movidos por *themas*, isto é, por uma preconcepção sem base científica verificável. (MORIN, p. 44) O discurso de neutralidade também é costumeira evocado por juízes e pelos

³ O falibilismo pode ser sintetizado como a característica que detém a ciência de ser auto testável e superável em suas conclusões, aceita-se como verdade provisória ou nos moldes tratados por Edgar Morin, 'biodegradável'. (MORIN, p.39)

defensores do *judicial review*, ao pretender colocar os magistrados em um patamar de isenção moral inalcançável ao ser humano isoladamente ou em pequenos grupos, especialmente quando se trata da escolha de políticas públicas. O consenso sobre qual ou quais políticas públicas são prioritárias só pode decorrer da manifestação da maioria, dado o caráter de máximo aproveitamento que delas se espera.

Reconhecer que os valores não estão totalmente ausentes no procedimento científico, força concluir que também não estarão ausentes dos julgamentos oriundos dos tribunais, motivo suficiente para negar a tese de que estes seriam mais capacitados para suplantar a vontade majoritária na escolha da realização das políticas públicas, dado a seu afastamento da causa.

Ainda que se pudesse afirmar uma ordenação lógica e preferencial de políticas públicas, isto é, que estas não estivessem sujeitas à discricionariedade dos eleitos, resguardados os casos em que a constituição determine investimento mínimo, não há qualquer motivo para pretender que a definição desta “ordem” seja atribuída ao Poder Judiciário, pois:

[...] os teóricos do direito estão, em vários sentidos, em melhores condições que os juízes para explorar problemas de fundamentação axiológica de soluções jurídicas. Enquanto uma sentença judicial não pode se estender em especulações filosóficas sobre possíveis justificações dos princípios morais e políticos que - por intermédio ou não de uma norma jurídica - determinam a decisão do caso, os juristas acadêmicos não são compelidos pela necessidade de resolver o caso presente e podem deter-se a analisar diferentes justificações dos princípios relevantes, explorando suas consequências em distintas situações reais ou hipotéticas. (NINO, 2010, p. 401)

Não seria lógico, portanto, considerar válida uma solução jurídica decorrente de uma ação valorativa praticada no âmbito da jurisprudência, apenas porque foi posteriormente descrita pela dogmática, ao mesmo tempo em que se sustenta a vedação de tal ação valorativa por parte dos juristas.

Cabe aos juristas, portanto, livres das amarras do caso concreto e no exercício da filosofia política, identificar todas as interpretações possíveis de um dado regramento, e considerando as consequências advindas de cada uma delas, fomentar o debate e auxiliar no esclarecimento da matéria, atraindo a participação popular para as discussões e votações democraticamente aptas a refletir o interesse geral dos representados.

Assim, se faz necessário relativizar os rígidos procedimentos metodológicos destinados às ciências naturais, permitindo-se a utilização de dados oriundos da economia, da sociologia e da filosofia política, para que mediante um debate aberto se possa identificar o direito apto a cumprir os objetivos que a sociedade dele espera. Contudo, como tal tarefa exige *inputs*, não deverá ser levada a cabo por um órgão contramajoritário e insindicável como o Poder Judiciário, imune às pressões da sociedade, dada a vitaliciedade e o caráter inamovível do cargo.

Ademais, a fluidez da sociedade contemporânea não permite que a judicialização das políticas públicas preste uma adequada função aos jurisdicionados. Poderá ela trazer alento a um indivíduo ou a um grupo de litigantes, mas jamais será capaz de atender o interesse geral, dado que o Poder Judiciário não é estruturado, nem destinado, a captar e mensurar os interesses que decorrem do que Zygmunt Bauman classificou como “sociedade líquida”, isto é, de uma sociedade altamente contrastante e em contínua e rápida transformação.⁴

A proposta de NINO será utilizada por este estudo como mecanismo que permite à ciência jurídica contribuir para a solução dos impasses decorrentes da aplicação do direito, sem que se substitua o povo como único legitimado para a formulação das leis a que se sujeita. Essa proposta aplica-se com resultados ainda mais vantajosos quando se trata da implementação de políticas públicas, pois traz à discussão das prioridades da nação, mantendo “vivas” as propostas feitas no período eleitoral, levando ao constante diálogo entre as instituições e o povo.

Decorrência dessa multiplicidade cultural e da escassez econômica, a ciência do direito assume grande relevo para a divisão das funções públicas e para a manutenção do Poder popular, afastando qualquer possibilidade de manutenção do poder por uma elite.

⁴[...] os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não ficam espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la, assim, para eles o que importa é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo, ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas. (BAUMAN, 2015, p.2)

Outrossim, como a comparação que se pretende fazer neste estudo baseia-se em instituto formado há mais de dois séculos, também se faz importante destacar os aspectos metodológicos aplicáveis ao estudo da história, vez que o historiador não está livre para criar uma narrativa a partir de suas preferências, mas seu papel não se resume a simples identificação da lei vigente em um dado tempo e local.

Neste ponto, buscar-se-á dotar o leitor das ferramentas necessárias à percepção das características e funções próprias do *judicial review* no momento de sua formulação e, assim, identificar os fatores que o distanciam da revisão judicial que vem sendo praticada contemporaneamente pelos poderes judiciários ao redor do globo. Visa, dentre outros objetivos, evitar o anacronismo, isto é o “uso acrítico, para uma determinada situação histórica, de um conceito que somente se ajusta bem à análise de outra época”. (BARROS, 2013)

Apesar de ser disciplina tradicional das faculdades de direito, a história do direito tem sido relegada a um papel secundário na formação dos juristas. Isso decorre, em muito, pela ausência de uma justificativa clara para sua presença curricular ao longo do tempo ou do frágil nexos existente entre o historiador e o operador do direito, de formação tecnicista, em muito influenciada pelo positivismo jurídico. (GROSSI, 2005, p. 32)

Já foi destacado que esta escola filosófica do direito se caracteriza pela substituição da diversidade de normas existentes no antigo regime, pela redução a uma única fonte do direito - a lei – e que a atividade do jurista a partir de então limitou-se a interpretação de um texto legal do qual ele sequer participou da elaboração. (GROSSI, 2005, p. 33)

Apesar do mérito de fazer com que a “velha e caótica ordem jurídica” se dirigisse “a um sistema claro e simples”, sempre esteve presente o risco de arbitrariedade legislativa, vez que a produção das leis poderia decorrer de fatores outros que não a “consciência social em mutação”, havendo risco de “cisão entre dimensão jurídica e civilização, dimensão jurídica e cultura em curso, normas formais e fatos vitais.” (GROSSI, 2005, p. 33).

Consequência da sistemática implementada com os códigos, a doutrina passou a ter um papel muito reduzido no âmbito do direito, pois ante a “certeza” e “completude”

dos novos códigos, não mais se faziam necessárias as construções doutrinárias, muitas vezes acusadas de criar direito e não simplesmente interpretá-lo.

É somente no transcorrer do último século que a ciência jurídica passa a se dedicar ao pluralismo jurídico, que subsistiu o monopólio da lei, a despeito da constante tentativa do Estado em impedir tal mudança. O direito, então, abandona o monismo e volta a ser percebido em sua complexidade, em sua aplicação axiológica e diretamente ligada aos sujeitos de normas e princípios aplicáveis numa dada civilização. (GROSSI, 2005, p. 35)

Diante dessa mudança de quadro, se pode facilmente reconhecer a importância da história do direito à formação do jurista contemporâneo, que necessita visitar seus antepassados em busca de legitimação das normas, princípios e institutos pretensamente aplicáveis ao seu presente, escancarar as hipóteses. De igual forma, ele deverá ser capaz de questionar a legitimidade da lei com base em fatores outros que sua fonte produtora.

A história do direito assume, então, a função de “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo”. (HESPANHA, 2012, p. 13), ou, como leciona Paolo Grossi, a tarefa de religar o direito à civilização, viabilizando a crítica do legislador e das leis, “com impulso consequente de um processo que, sem prejuízo ao devido respeito à regra legal, conduz a uma saudável desmitificação”, para perquirir a razoabilidade da lei ou o ‘abuso do legislador’ (GROSSI, 2005, p. 35)

Contudo, para que essa “viagem” no tempo surta os efeitos esperados, o jurista precisará tomar certos cuidados metodológicos, valer-se de ferramentas apropriadas para identificar o direito passado em sua plenitude, não limitando sua busca à leitura das leis ou das decisões judiciais da época pesquisada ou às lentes redutoras dos institutos do presente. O risco, conforme António Manuel Hespanha nos adverte é de que sem afinar “adequadamente a sua metodologia, a história jurídica pode sustentar - e tem sustentado – diferentes discursos sobre o direito.” (HESPANHA, 2012, p. 14)

O “historiador” deverá combinar as lentes de jurista àsquelas do historiador, mantendo a consciência de que “a história, mais do que descrever, cria e que, portanto,

aquilo que crê encontrar como “alma de um povo”, na verdade é ele – com as suas crenças e preconceitos – que o lá põe.” (HESPANHA, 2012, p. 16)

A história se resume a mero gênero literário, mas, uma vez que o sujeito (historiador) toma contato com o objeto (passado), o enxerga de acordo com os conhecimentos e *imprintings* que carrega consigo. Trata-se de uma limitação natural já reconhecida pelos mais variados ramos da ciência.

É em vista desta dificuldade que se justifica este capítulo. Pretende-se, com ele, demonstrar que a análise da formação do *judicial review* deve observar as características da sociedade em que o mesmo foi elaborado, sob pena de ignorar os objetivos a ele atribuídos por aquela sociedade. O que buscavam os norte americanos, durante os anos que precederam a promulgação de sua constituição? Por quê a nova ordem constitucional, baseada fundamentalmente na liberdade de seu povo, outorgaria tamanhos poderes a um órgão contramajoritário? Essa resposta será dada no capítulo 3, ao se tratar do receio de que os novos legisladores suprimissem os direitos e liberdades recém conquistados.

Embora não se possa atestar a verdade unívoca de fatos, institutos jurídicos ou leis do passado por meio da historiografia, vez que esta “não trabalha diretamente com a realidade”, passando necessariamente pelo “filtro obrigatório dos textos, dos discursos, dos sinais” com os quais trabalha, mas é possível construir um raciocínio lógico, fundado em elementos de prova que sustentem a narrativa efetuada e encontrem consenso na comunidade científica. (COSTA, 2010, p. 75)

A assunção de ações valorativas, portanto, não é algo totalmente ausente no procedimento científico, ao menos se considerarmos os motivos que determinaram a elaboração do estudo que posteriormente se realiza sob bases metodológicas. Não poderia ser diferente com o estudo da história e o pesquisador que quiser elaborar uma boa investigação, deverá lembrar-se sempre dessa limitação e tentar afastá-la ao máximo, sob pena de sempre ver refletida sua própria imagem.

O historiador profissional transforma o estudo da história do direito, impondo métodos e utilizando-se de paradigmas diversos para a análise dos fatos de interesse do direito. Sua busca diferencia-se daquela elaborada pelo jurista, como muito bem exposto por Pietro Costa, ao destacar que:

Aquilo que torna problemática a relação entre a história jurídica e o saber fazer do jurista é um elemento de importância determinante: o elemento do tempo, a relação diferente que o historiador e o jurista mantêm com a dimensão da temporalidade. O historiador, portanto, também o historiador do direito, é um especialista do passado. Quaisquer que sejam os níveis da experiência jurídica a cada momento analisados (a praxe ou a teoria; a esfera pública ou a esfera privada; as normas ou os contratos etc.), quaisquer que sejam os contextos socioculturais considerados, aquilo que caracteriza a abordagem do historiador é a referência a um cenário diferente daquele que se abre sob os seus olhos porque colocado “além”: um “além” temporal. O tempo do historiador é um tempo diferente do presente, um outro tempo (se se preferir, um tempo “outro”). É este desnível temporal essencial que torna problemática a incidência do conhecimento da história sobre a formação do profissional do direito. (COSTA, 2013, p. 64)

A história do direito permite, então, que o jurista compreenda estar inserido em uma determinada civilização, com seu próprio contexto histórico e “em toda riqueza de suas expressões”. Cabe ao historiador averiguar o dado que investiga no contexto em que este foi produzido e lembrar aos juristas que o texto legal é sempre uma representação artificialmente reduzida da realidade, uma espécie de “cume emergente de um continente submerso, sendo enganosa a observação da parte visível, o que torna necessário o mergulho para que se possa apreciar a substância efetiva do fenômeno. (GROSSI, 2005, p. 36)

É a busca dos elementos que levaram o povo norte americano do final do século XVIII e início do século XIX a estabelecer a possibilidade de controle das leis e que tipo de controle era admitido naquele momento, que se buscará realizar a partir dos aspectos técnico-científicos oriundos da história do direito.

É em vista dessa característica temporal do direito que Konrad Hesse adverte que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside em sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconectadas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais... Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrão axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991, p.14-15)

Esse procedimento evita que se utilize a história como simples mecanismo de legitimação do direito vigente, já que sua função precípua é problematizar, desmistificar as leis e o agir do legislador, permitindo que os juristas e a sociedade possam enfrentar

o discurso de legitimação do direito, que precisa ser socialmente reconhecido como cogente e legítimo para exercer o papel de legitimador do Poder. Como bem destaca António Manuel Espanha:

O direito, em si mesmo, é já um sistema de legitimação, i.e., um sistema que fomenta a obediência daqueles cuja liberdade vai ser limitada pelas normas. Porém, o próprio direito necessita de ser legitimado, ou seja, necessita que se construa um consenso social sobre o fundamento da sua obrigatoriedade, sobre a necessidade de se lhe obedecer. Como se sabe desde Max Weber (1864-1920), a legitimação dos poderes políticos – ou seja, a resposta à pergunta “porque é que o poder é legítimo?” – pode ser obtida a partir de vários complexos de crenças (“estruturas de legitimação”), organizadas em torno de valores como a tradição, o carisma, a racionalização (Weber, 1956) – ou seja, “porque está estabelecido há muito”, “porque é inspirado por Deus”, “porque é racional ou eficiente”. No âmbito do mundo jurídico, alguns destes processos de legitimação – nomeadamente a legitimação “tradicional” – dependem muito de argumentos de carácter histórico. (HESPANHA, 2012, p. 14-15)

Tal uso da história foi muito comum até meados do século XIX, mas ainda tem sido inadvertidamente aplicado por alguns juristas na tentativa de comprovar que determinado direito ou instituto “pertencem à ‘natureza das coisas’ ou decorrem de categorias eternas da justiça ou da razão jurídica” (HESPANHA, 2012, p. 14-15)

Não é difícil perceber o grave equívoco daqueles que assim atuam, pois embora alguns conceitos remontem à Roma ou à Grécia antiga, como é o caso de “obrigação” e “democracia”, o estudo mais profundo revela significados completamente diversos daqueles que atualmente representam: permanece a terminologia, mas altera-se significativamente a semântica. Isso é consequência direta das diversas conjunturas sociais e ideológicas em que foram apropriados, de forma que seus sentidos são eminentemente relacionais. Exemplo disso é o conceito de jurisdição, atualmente ligado à atividade praticada pelo juiz ao julgar um determinado caso concreto, com base em normas previamente elaboradas, em regra, pelo Poder Legislativo.

Todavia, na sociedade medieval o exercício da jurisdição era compreendido de forma muito mais ampla, como “a primeira manifestação da ordem política”. Uma vez que “governar era julgar e o juiz – no sentido alargado daquele que estabelece a ordem nos casos concretos da vida – era a figura central da política”. A ele era dada a incumbência de “realizar a ordem, fazendo leis, punindo os contraventores, mas, sobretudo, determinando qual era o equilíbrio estabelecido pela república para cada caso concreto.” (HESPANHA, 2012, e 2015)

Outra forma equivocada, mas bastante comum de uso da história do direito se apresenta na tentativa de provar o apogeu de determinados institutos jurídicos do presente, identificando suas transformações com o aperfeiçoamento levado a cabo por valorosos juristas, ao longo do tempo, de tal forma a atingir o único caminho possível. Esse modo “progressista” se aproxima do anterior ao passo que além de atuar para a legitimação do direito atual, também inicia sua análise do passado a partir de concepções do direito atual e, por isso, perde sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de resolvê-las. (Hespanha, 2012, p. 19-21)

Se, por estes meios, a legitimação do direito presente pode levar a manutenção de leis autoritárias, dissociadas da sociedade a que se aplica, é papel do historiador evitar que se caia nessa armadilha, servindo de companheiro fiel e inseparável do aplicador do direito a fim de lhe auxiliar a encontrar o que procura no passado e não meros reflexos do presente.

Cabendo ao historiador o agir crítico, resta perquirir, como efetivamente se pode colocar isso em prática, quando o natural é viajar olhando para trás, procurando a “Veneza implícita que nos permite distinguir as qualidades das novas cidades que conhecemos”. Como poderemos agir, apesar de nossos *imprintings*, de nossas experiências, para sermos capazes de “perceber a névoa dessas cidades etéreas, se é sempre Veneza que descrevemos, quando descrevemos as cidades que visitamos?” (GUANDALINI JR., 2016, p. 01).

GROSSI nos sugere que o historiador tome o “mundo histórico” em sua análise, de preferência acompanhado do comparatista “conhecedor solvente” do *common law*, sistema que não tendo sofrido a quebra paradigmática do direito continental europeu do século XVIII, mantém maior “relação de continuidade aos valores representados pelo *ius commune* medieval”. Não se deseja incutir um “ceticismo corrosivo” no operador do direito, mas fazê-lo confrontar soluções diversas, que sejam capazes de dialogar entre si, respeitando as singularidades de cada civilização, em prol da recusa “da simplificação abusiva de uma realidade que cabe, antes, considerar em toda sua complexidade”. (GROSSI, 2005, p. 38)

O que Paolo Grossi pretende com o olhar do comparatista é sua capacidade de enxergar além daquilo que nos é familiar e o conhecimento específico do direito consuetudinário, com o qual pretende “dialetizar” com o direito positivado a fim de que abstrair a racionalidade da lei vigente, além da forma como esta influência e como foi influenciada pela sociedade a qual se destina.

É fundamental, então, que a história do direito se debruce sobre o direito na sociedade, observe a história no contexto geral, tomando em conta a pluralidade normativa que organiza a vida em sociedade, como a moral, a disciplina doméstica, a organização do trabalho, a religião, pois além de funcionar nestes âmbitos é por eles influenciado das mais diversas maneiras. Estas pequenas forças, raramente são percebidas, e costumam perpassar as relações familiares, de trabalho, com os amigos, se apresentando como “direitos do cotidiano”. São moldados por poderes “microfísicos”, para usar a terminologia de Foucault, de tal forma perenes, que nos parecem inevitáveis, quase “naturais”. (HESPANHA, 2012, p. 25)

É em virtude dessa pluralidade de ordens normativas - que coexistem ao direito “oficial”, apesar do esforço que o Estado Moderno fez para manter o monopólio do Poder – que passou a ser objeto de pesquisa dos historiadores ante a percepção de que a pesquisa da lei mostrava-se insuficiente para a compreensão da formação e funcionamento prático do direito dos tempos passados.

Walter Guandalini Jr, observa que, tendo o direito a finalidade de transformar a realidade, reflete a “reconfiguração constante de um campo de batalhas plural e imanente, no interior do qual se enfrentam, através do direito, posições de forças variáveis e intercambiantes”. Estas “forças” não só o influenciam, mas também o “colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento funções específicas que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico.” Em resumo, o Direito é “antes de tudo, aquilo com o quê se luta para vencer a guerra”. (GUANDALINI JR., 2016, p. 8-10)

Também aqui este capítulo toma relevância, pois expõe a necessidade de se verificar as microforças que agem para a formação do Poder e do direito, notório instrumento legitimador do primeiro.

Como essas relações de poder não se mostram estáticas, como variam consideravelmente em força ao longo do tempo, não há como excluir a análise da

sociedade como um todo, objetivando identificar como cada uma dessas “ordens paralelas” influenciou na formação ou aplicação do direito de uma dada civilização.

Trata-se, portanto, de identificar os poderes que cotidianamente se enfrentam através do direito, buscando fazer prevalecer sua lógica de submissão. Não se trata de uma verificação de causa e efeito direto, mas sim uma busca pela heterogeneidade, de fatores contrários entre si e que podem ocasionar a modificação do equilíbrio de forças vigente num dado tempo e civilização. Busca-se uma “ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendida em conexão com outros eventos”, mas que permite que se compreenda “o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado” (GUANDALINI JR, 2016, p. 9-10)

A questão do exercício do poder, especialmente do poder de dizer o direito, será tratada na seção 3.1, no qual será demonstrado o papel dos juristas para a modelação e o exercício direto do Poder.

Importante observar que o direito constitucional em nada se difere nesse aspecto, posto que as normas que vincula não são fruto apenas das condições sociais, políticas e econômicas de um determinado tempo, de sorte que, “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura estabelecer ordem e conformação à realidade política e social.” (HESSE, 1991, p. 15)

É necessário esclarecer que a construção do direito, derivada dessa “luta” se dá no “campo jurídico”⁵, ou, nos dizeres de Foucault, das “práticas discursivas”, isto é, com “autonomia do direito em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais”, que se apresenta como conformador dos demais campos. (HESPANHA, 2012, p. 28)

Nesse contexto, a análise do historiador do direito não será o conteúdo do discurso, mas o próprio enunciado, entendido como mecanismo que fixa as “condições de possibilidade do objeto discursivo”, fixando as regras que definem quem pode apresentar-se como sujeito do discurso, balizando as fronteiras do campo enunciativo e

⁵ O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de *dizer o direito*, no qual se defrontam agentes investidos de competência – ao mesmo tempo – social e técnica, isto é, na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre e autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁵ Para tanto, diz respeito a um corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que declina sobre as instituições e seus poderes, as normas e suas fontes, assim como os modos de resolução de conflitos correlatos aos seus intérpretes e/ou interpretações. - BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 209-211

definindo sua materialidade. Assim a história do direito deixa de perquirir a norma ou as realidades social, econômica ou política para focar-se no discurso jurídico da civilização em estudo. (GUANDALINI JR, 2016, p. 6-7)

A vantagem deste método de pesquisa histórica reside no fato de se desviar das naturais limitações oriundas da simples pesquisa das normas vigentes, sem, contudo, cair na tentação materialista de justificar o mundo do direito como mero reflexo de fenômenos sociais, especialmente de ordem econômica.

Isso não significa que os aspectos sociais devam ser ignorados, mas que devem ser ponderados em conjunto com o discurso jurídico. Afinal, se assim procedesse, o historiador deixaria de perceber importante papel cumprido pelo direito enquanto fonte de regulação da sociedade, qual seja: a de legitimar projetos de alteração da regulamentação vigente. Conforme já visto, o direito é tido como um campo de batalhas plural, no qual se enfrentam posições opostas e que nem sempre se mantêm dominantes.

Dessa forma, a história do direito deve se ocupar não só do discurso vencedor dessa batalha, mas contextualizar a posição dos vencidos, pois da perspectiva da civilização ancestral estudada, as ideias (expressa ou implicitamente) rejeitadas poderiam ter se transformado em direito e alterado o discurso jurídico vigente imediatamente, ou simplesmente iniciado um movimento de transição cultural que tenha criado um ponto de ruptura futura, culminando em um novo paradigma. Ao assim proceder, o historiador do direito poderá demonstrá-lo não só “como síntese simbólica estabilizadora das aspirações sociais de uma organização social”, mas, também, “como projeto de (imagin -) ação transformado para a sociedade que se desejava construir.” (GUANDALINI JR., 2016, p.13)

Por fim, ao se reconhecer que a os valores são relativos a cada civilização e a existência de “projetos” de transformação do direito, percebe-se também a ausência de um desenvolvimento linear, rumo a um “progresso” necessário do direito. Assim, as normas e institutos objeto da pesquisa histórica deverão ser avaliados de acordo com os discursos, princípios e institutos vigentes, em superação e os superados pelo contexto histórico estudado.

2 DO LEVIATÃ AO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

O presente capítulo visa descrever o surgimento do Estado Moderno, a consequente concentração do poder, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático, bem como a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo.

Compreender o contexto histórico da formação do Estado Moderno os motivos que determinaram a transmissão do poder ao povo, em substituição ao poder concentrado exercido por monarcas ou imperadores e, em especial, os fundamentos à tripartição das funções estatais é fundamental para que o leitor compreenda a preocupação com a judicialização das políticas públicas.

Buscar-se-á, ainda, demonstrar que a tripartição das funções estatais garante maior transparência em relação ao funcionamento do Estado, amplificando o poder do povo e controlando o uso do poder por aqueles que ocupam cargos públicos eletivos ou não.

Da mesma forma, será de fundamental importância para a constatação do risco de afastamento/alijamento do povo em favor dos interesses e valores de uma elite, quando se transfere um Poder quase infinito a um órgão não eleito democraticamente e totalmente insindicação, seja pela ausência de efetivo controle externo, seja pela natureza vitalícia e inamovível de seus cargos.

O Estado Moderno, cujo surgimento deu-se em meados do século XV, tem origem com a cessão de parte do poder individual em favor de um poder central, que passou a limitar a atuação dos indivíduos, com vistas à manutenção de uma ordem mínima. Esse Poder inicialmente foi concentrado em uma única pessoa – o Príncipe - a quem, na qualidade de Soberano, era permitido criar e revogar a lei, o que lhe caracterizava como a própria jurisdição.

O Estado absolutista, denominado de Leviatã por HOBBS, tinha a função de tirar o homem do constante estado de guerra, característico do estado de natureza, trazendo-o para um ambiente que garantisse sua autopreservação. Ao ver deste autor, para se obter tais resultados é necessário:

Conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; isso equivale dizer: é preciso designar um homem ou a uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à paz e à segurança comuns, submetendo, assim, sua vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento [...] é uma unidade real de todos numa só e mesma pessoa [...] a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado [...] Essa é a geração do grande Leviatã, ou, antes, (para usarmos termos mais reverentes), daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do Deus imortal, a nossa paz e defesa. (HOBBS, 2009, p. 133)

O Estado Hobbesiano caracterizava-se, portanto, pela concessão:

de um poder irrevogável, indivisível e absoluto [...] que não pode ser rescindido ou anulado, contrapondo-se, assim, aos defensores da teoria do mandato, os quais alegam que o poder do governante deve ser temporário e regido por mandatos, para que, assim, não se incorra em abuso de poder. (QUADROS, 2016, p. 91-92)

Embora de maneira velada, a forma Hobbesiana de pensar o Estado é estimulada em nosso presente, por meio da visão de grande parte dos constitucionalistas e magistrados que defendem a existência de Constituições dirigentes, que não reservariam espaço para a atuação discricionária dos Poderes Legislativo e Executivo. De acordo com esta visão, aludidos Poderes deveriam implementar todos os valores e políticas públicas previstos na Constituição, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se ao forte controle das cortes constitucionais, aptas não só a anulação de leis consideradas inconstitucionais, mas também legitimadas a determinar a implantação de políticas públicas ou de direitos constitucionais que deveriam ser atendidos por meio delas.

Embora nenhum dos defensores do *judicial review* reconheça um poder ilimitado às cortes constitucionais, aduzindo que a própria carta constitucional limita a atuação do Poder Judiciário, é necessário reconhecer que, inexistindo qualquer instância governamental capaz de suplantar os eventuais excessos cometidos por estas cortes, e não sendo dado ao povo pode interferir, posto que se trata de um órgão composto por cargos não eletivos, não há como negar a efetiva concentração de poderes em uma assembleia de homens! Nem se diga que os juízes são capazes de autocontenção, pois os exemplos dos abusos cometidos por magistrados são registrados desde o antigo

regime até o tempo presente. Esta questão será devidamente aprofundada ao longo do presente estudo, razão pela qual neste momento basta situar o ponto de comparação que se pretende fazer entre o absolutismo monárquico e aquele decorrente da juristocracia que se avizinha.

A sucessão temporal evidenciou que a concentração de poderes em uma única pessoa era extremamente perigosa, não demorando a surgir críticos ao Estado Absolutista. Nessa esteira, John Locke, em seu “II Tratado sobre o Governo Civil”, de 1690 idealizou uma nova espécie de governo, a qual chamou de Estado Liberal, pela qual cabia ao Estado funções mínimas, especialmente a garantia da liberdade e da propriedade privada, por ele considerados inatos aos seres humanos.

Contudo, a contribuição de John Locke não se restringiu à teorização da garantia dos direitos naturais. Coube a ele formular a distinção entre poder absoluto e poder moderado, ao estabelecer:

[...] a máxima do constitucionalismo: quem tem o formidável poder de fazer a lei não pode e nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, incluído o formidável poder de coerção sobre os indivíduos; e quem dispõe de todo esse poder não pode ser, por sua vez, titular do poder legislativo (GODOY, 2012, p. 34)

Quase um século após os ensinamentos de Locke, em *O Espírito das Leis*, Montesquieu deu contornos à teoria da tripartição dos poderes, expondo que a garantia de respeito aos direitos individuais depende da absoluta separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em qualquer Estado, posto que o homem tende naturalmente a abusar do poder. (MONTESQUIEU, 2000, p.166)

A despeito da importância dos já citados pensadores para a conformação do Estado Moderno, a fundamentação e legitimação ao Estado Democrático somente ocorrem a partir de Jean Jacques Rousseau, com a publicação da obra *O Contrato Social*, em 1762, na qual o autor sustenta que o poder emana do povo, razão pela qual somente por ele e em seu nome pode ser exercido. É neste momento que se contesta o poder do príncipe e que, de fato, direciona-se a tomada de decisões ao povo (GODOY, 2012, P. 37).

É preciso destacar que, enquanto o Estado possuía tarefas mínimas, poucos eram problemas com o funcionamento do sistema de freios e contrapesos proposto por

Montesquieu. Por meio de aludido mecanismo, as funções públicas foram repartidas entre três órgãos distintos, a quem cabia, individualmente apenas uma delas. Assim, ao passo que o Legislativo cria as normas, o Executivo administra o interesse público de acordo com estas, cabendo ao Judiciário julgar os conflitos.

Todavia, com o surgimento do Estado de Bem Estar Social na década de 40 do século XX, as cartas constitucionais passaram a receber um conteúdo programático de grande envergadura, fazendo com que tais diplomas fossem centrados em direitos humanos, ocorrendo uma transformação paradigmática da jurisdição, que deixa de observar os primados do positivismo, para incorporar aspectos principiológicos.

Douglas Henrique Marin dos Santos (2014, p. 27), citando Miguel Carbonell e Rubén Sánchez Gil leciona que:

A constitucionalização do direito pode ser conceituada, portanto, como um processo de transformação em que o ordenamento jurídico é totalmente impregnado pelas normas constitucionais, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e a sociedade. Em um ordenamento jurídico constitucionalizado, a lei maior resulta em uma ordem fundamental que impõe ações positivas aos Estados – e não apenas abstenções.

Neste contexto, surgiram vários movimentos jurídicos, sem relação direta entre si, mas com o papel comum de superar as antigas escolas jusnaturalista e positivista. Essas novas correntes encarregaram-se de estudar a constitucionalização do direito e as consequências que tais mudanças causaram na estrutura estatal, na jurisdição e na teoria das decisões judiciais. Ao ver desta corrente doutrinária, o discurso constitucional deixa de retratar mera reflexão filosófica, desejos de uma nação, para adentrar em sua realidade mediante a aplicação de firmes preceitos (SANTOS, 2014, p. 29).

Agrupadas sob a denominação de neoconstitucionalismo, desenvolveram-se na Europa do pós II guerra “[...] tendo como principal marco a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951.”, que lhes deu guarida para expressiva produção acadêmica e jurisprudencial (BARROSO, 2005, p. 03)

A partir de meados do século XX, em decorrência da constitucionalização do direito, portanto, o Poder Judiciário assumiu um papel de maior relevo, pois como guardião da Carta Política, passou a analisar e a interpretar o alcance dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, influir diretamente nas políticas públicas, por meio

de decisões judiciais que determinavam a suspensão e até mesmo a implementação de políticas públicas.

É neste contexto que a teoria da tripartição sofre um impacto bastante profundo, levando a questionar se as atividades assumidas pelo Poder Judiciário levam ou podem levar à concentração de poderes em favor de uma “assembleia de homens” não eleitos democraticamente, carecendo de legitimidade para determinar quais as políticas públicas constitucionalmente previstas devem ser promovidas. Outro fator, não menos importante, é a possibilidade desta mesma “assembleia” promover valores que não representam os jurisdicionados, podendo guardar relação apenas com interesses pessoais desta nova “elite”. Esse risco é real e pode ser constatado pela declaração de princípios implícitos, que uma vez reconhecidos pelas cortes constitucionais, não raras vezes invocando o direito comparado, reforçam o afastamento do direito local dos valores que informam a nação.

Da mesma forma buscar-se-á demonstrar como historicamente surge o monopólio do direito, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático e a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo.

O Estado Absolutista, que atribuía a legitimidade do exercício do Poder ao príncipe em decorrência da vontade divina, permitia que o monarca legislasse, muito embora não de forma ilimitada como falsas representações da idade média podem levar a crer. Todavia, ainda que limitado pelo Direito Natural de origem divina e pela Leis Fundamentais do Reino, é possível identificar “um esforço desenvolvido pelo príncipe para monopolizar a produção do direito, restringindo as demais fontes do direito...” (CLÈVE, 2000, p. 45) Evidente, portanto, a existência de um conflito entre os valores expressos pela sociedade (direito natural), com alguns dos valores e interesses do príncipe.

Com o advento das revoluções liberais, a soberania que sustentava o Poder do monarca é transferida diretamente ao povo e passa a sustentar “não apenas o monopólio do Estado no tocante a produção normativa, como também o monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo.” (CLÈVE, 2000, p. 46)

A elaboração das leis pelo Poder Legislativo, como bem realça Raul Machado HORTA, “... é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e a implantação do Estado de Direito.” (HORTA, 1994, p. 150) ⁶

Do exposto percebe-se que a produção das leis pelo Poder Legislativo configurou uma transformação nas relações sociais, vez que a partir deste momento o Poder Executivo passou a ter sua atuação limitada pelas decisões tomadas pelos membros do Parlamento. Estes, por sua vez, legislavam de acordo com os anseios e valores propostos pelo povo, servindo estes como fator direcionador da ação estatal. Embora não se desconheçam as limitações da democracia representativa, as ideias iluministas estavam presentes nestas sociedades de forma ampla, permeando o ideário político e social.

A representação política por meio do legislativo era, de fato, uma conquista tão relevante que não se admitia qualquer forma de relativização deste sistema. Raul Machado HORTA ressalta que a separação das funções na França pós revolução foi tão intensa, que a Constituição recém promulgada “reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Cap. III, Seção Primeira, art. 1º), proibiu ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória.” (HORTA, 1994, p. 151)

Na mesma toada, a Constituição de 1791 dispunha, em seu capítulo III, artigo 3, que:

Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções. (CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1791)

Neste período a divisão dos poderes era nítida, mantendo-se tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Judiciário completamente afastados da elaboração da lei, tendo esta se tornado expressão da vontade coletiva e o Parlamento seu único emissor formal.

Contudo, é importante notar que, embora o Estado passasse a deter o monopólio da lei, os revolucionários não se olvidaram do problema do conteúdo da legislação, tendo a Assembleia Nacional fixado, já no preâmbulo da Constituição de 1791, que, “desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de

reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos.”

A inclusão da igualdade e a liberdade como requisito para a validade das instituições e normas não se deu por acaso, sendo fruto da influência direta de Locke, Rousseau e Montesquieu. Os valores aplicados ao ordenamento constitucional francês de 1791 impediam que as leis fossem elaboradas senão com respeito à razão.

Como bem destaca Clèmerson Merlin Clève, “não passando a lei de norma descoberta pela atividade racional, não poderia atentar contra a justiça e a liberdade.” Ademais, “na medida em que a lei era, a um tempo, regra criada pela nação pelos seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), não poderia atentar contra a justiça ou contra a liberdade” (CLÈVE, 2000, p. 47-48)

Há neste momento, o rompimento com o pensamento jurídico voluntarista, que caracterizava o direito como “produto de uma vontade – a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral – cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário.”⁷

A vertente jus naturalista, para a qual “o direito constitui uma ordem pré-estabelecida – inscrita na natureza das coisas, na ordem da Criação ou na natureza humana” influencia decisivamente a Revolução Francesa. O *jus* naturalismo⁸, especialmente em sua vertente racionalista, entende que o direito é, “uma ordem que pode ser observada” e cuja estrutura “pode ser entendida; quem tiver a experiência ou a formação apropriada pode ter a pretensão de chegar a conhecê-la, se para isso usar de um processo intelectual adequado. (HESPANHA, 2012, p. 207)

Os princípios da Revolução Francesa foram então condensados no Código de Napoleão (1804), o qual passou a ser a representação máxima do racionalismo jurídico, atendendo vários dos anseios desse grupo de juristas. Os códigos eram: 1) sistematizados e bastante completos, acabando com a confusão de leis até então

⁷ Daí que o jurista apenas tenha uma forma de descobrir o que é justo – interpretar a vontade da entidade que quis o direito, apagando-se perante ela, de modo a não usurpar ilegitimamente essa jurisdição originária. O direito torna-se, assim, um dado indisponível, que o intérprete apenas tem de esclarecer. (HESPANHA, 2012, p. 207)

⁸ Neste caso, o direito também não depende nem da vontade dos detentores do poder político, nem de quem estuda ou aplica o direito. Mas quem estuda ou aplica o direito pode usar da técnica de pensar dos juristas para propor uma interpretação da ordem do justo e do injusto. Interpretação que, não sendo forçosamente correta (i .e., sendo discutível, argumentável, problemática), é, em todo o caso, legítima. (HESPANHA, 2012, p. 207)

existentes; 2) possuíam um grau de compreensão bastante elevado, especialmente comparado com a legislação que substituiu; 3) possuíam origem verificável, ao passo que oriundas de uma autoridade constituída e, finalmente, 4) possuíam justificação axiológica. (NINO, 2010, p.382-383)

Contudo, paradoxalmente, o sucesso e aceitação deste Código foi causa do aniquilamento do jus naturalismo que o inspirou, visto que a racionalidade já estava presente na lei, sendo desnecessária qualquer racionalização de sua aplicação, cabendo ao juiz apenas proferir o seu conteúdo.

Essa sistemática funcionou bem no início do positivismo, pois como já exposto, os códigos receberam grande parte dos ideais formais e axiológicos defendidos pelos filósofos jurídicos. Todavia, com as alterações legislativas nem sempre decorrendo de aspectos lógicos, houve uma ruptura entre os ideais dos filósofos e a lei escrita, trazendo a questão da justiça novamente à tona.

Antonio Manuel Hespanha observa que esse antagonismo acabou por influenciar a dogmática jurídica de forma bastante peculiar:

O nascimento da dogmática jurídica liga-se tanto a uma crença na possibilidade intelectual de conhecer o justo como a uma necessidade prática de usar instrumentos intelectuais para atualizar, sub-repticiamente, normas consideradas inderrogáveis. É isto mesmo que podemos verificar na formação do saber jurídico medieval. Se, por um lado, a podemos ligar à 'libertação da razão' consequente à revolução escolástica não parece menos correto relacioná-la com a atitude respeitosa dos juristas perante os textos da tradição jurídica, o que os obrigava a uma atividade que, sendo profundamente inovadora, se desenrolava sob a capa de uma 'mera interpretação', que mobilizava, no entanto, um aparelho argumentativo imponente. Sintetizando as duas posições, podemos dizer que convergem na produção do ambiente favorável à constituição da doutrina jurídica medieval dois [sic] tipos de fatores: (i) fatores 'filosóficos', que contribuem para a crença na capacidade intelectual para conhecer o justo, e (ii) fatores ligados ao modo de ser do sistema das fontes de direito, que obriga os juristas a 'torcer', à força de argumentos, as fontes de direito que não podiam afastar. Para além destes, são ainda relevantes (iii) fatores 'institucionais', os quais vêm constituir o ambiente institucional favorável ao exercício e ao desenvolvimento da 'razão jurídica'. (HESPANHA, 2012. p. 209)

Do que fora até aqui exposto, é possível deduzir que o direito teve fases em que prevaleceu sobre a moral (positivismo), tal qual em determinadas épocas esteve a esta subordinada (jus naturalismo), razão pela qual a relação entre direito e moral precisa ser averiguada, de forma a entender de que forma esta influencia a elaboração e aplicação das leis.

José Renato Graziero Cella identifica a complexidade desta questão, elucidando que:

[...] talvez nenhum outro tema tenha ocupado tanto a filosofia do direito como as relações entre o direito como é (o direito positivo) e o direito como deveria ser segundo os postulados da moral e da justiça (o direito natural ou racional). A disputa entre estas duas concepções jurídicas, o positivismo e o jusnaturalismo cobre vários séculos da história do direito e, apesar de amiúde ser declarada cancelada, revive em cada época sob o manto de novas fórmulas. (CELLA, 2010, p. 01-02)

A separação entre direito e moral é a característica mais marcante do positivismo jurídico, que funda suas bases na segurança jurídica e no uso da força, relegando os aspectos morais para a política, por pretender retirar do direito todo o caráter de arbitrariedade, naturalmente decorrente da subjetividade. (PERELMAN, 2000, p. 91)⁹ Veja-se que para esta escola do direito, a arbitrariedade não decorre de fatores atinentes a impossibilidade de percepção dos valores do legislador, mas sim da subjetividade que atribuíam à interpretação da lei pelos juristas e magistrados.

Contudo, devido aos atos praticados pelo nacional-socialismo, sem que a estrutura jurídica supostamente tivesse ferramentas adequadas a questionar a legitimidade das leis com base nos valores inspiradores da nação, fez ressurgir a antiga questão dos direitos naturais, colocando em cheque o positivismo.¹⁰

A idéia Kelseniana de que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo, foi duramente combatida no pós-guerra, tendo sido atacada como responsável pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX. Essa circunstância trouxe novamente à tona aquilo que a teoria de KELSEN tinha posto em estado de latência: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça. (CELLA, 2010, p. 5)

⁹ Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente a conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior. Assim é que o oficial de justiça poderá proceder a uma penhora em conformidade com um mandado de execução. O juiz poderá prolatar a sentença, na medida em que foi nomeado regularmente, em que foi encarregado de uma lide que entra na esfera de sua competência, tanto material quanto territorial e se se conformar às prescrições legais, tanto no mérito quanto em matéria processual. O legislador poderá discutir, votar e promulgar leis, em conformidade com as regras constitucionais e com as práticas aceitas. Dá-se o mesmo com o Poder Executivo, na medida em que se conforma à Constituição e às disposições legais. Somente a norma constitucional, enquanto norma fundamental, não terá de conformar-se a nenhuma norma preliminar. (PERELMAN, 2000, p. 93)

De fato, o fim da guerra provocou um “movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador”. Os julgamentos dos crimes de guerra seguiram a linha de afirmar a existência de um direito superior ao legislado, buscando fundamento na própria constituição alemã, que em seus §§ 20, II e III impunha a obrigação do legislador observar o “direito”, o qual se passou a compreender como “um direito não escrito depositado na consciência coletiva.” e não aquele simplesmente legislado. “Nem a Constituição escaparia a esta vinculação.” (HESPANHA, 2012, p. 537)

E é sob esse pressuposto que as correntes jus naturalistas retomam sua força, para além de sustentar a prevalência de determinados direitos, ditos fundamentais, inerentes à natureza humana, sobre a ordem jurídica, como forma de controle da atividade legislativa, exigir a observância destes mesmos preceitos quando da aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

Contudo, Antonio Manuel Hespanha questiona a afirmação de que o direito positivo teria juridicamente sustentado as atrocidades do nazismo, aduzindo que esta má-fama decorreu de sua indevida associação “à conversão da vontade arbitrária de Estados autoritários em direito legítimo – ou seja, em direito a que se devia obedecer”. Como bem destaca o autor português:

[...] a primeira coisa que se deve observar é que o legalismo não foi, na Época Contemporânea, um atributo característico das políticas autoritárias do direito.” Pelo contrário. Ele prevaleceu na fase inicial da Revolução Francesa, justamente aquela que correspondeu ao período de mais enfática afirmação da soberania popular. Já antes, nos Estados Unidos, se manifestara com um enorme vigor, logo no preâmbulo da Constituição Federal [...] Constituição que, como já vimos, também declarava formal e enfaticamente que ninguém deveria ser tão ousado que se atrevesse a suspender ou deixar de executar as leis (HESPANHA, 2012, p. 529-530)

De se destacar que a Constituição Norte Americana expressamente fixa que:

Nós, o povo do Estados Unidos, afim de constituir a mais perfeita união, estabelecer justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as Bênçãos da Liberdade a nós mesmos e a nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América. (tradução livre)

Enfatizando sua crítica à corrente que credita à lei os abusos do nacional-socialismo alemão e demais governos autoritários, HESPANHA observa que tal como nos Estados Unidos:

O mesmo aconteceu em Inglaterra, país considerado, desde o início da Época Contemporânea, como um modelo de liberdades e de democracia; aí, não só se prolongou até hoje o princípio da soberania do parlamento, como também a tradição jurídica inglesa tem sido, nos últimos duzentos anos, fortemente marcada pelo positivismo legalista [...] Em contrapartida, as posições antilegalistas têm constituído um sinal característico da política do direito de Estados autoritários, para os quais a lei (ou a Constituição) –, mesmo que sejam as suas leis e as suas constituições – podem ser sempre um embaraço para o arbítrio do poder. E, por isso, os líderes desses Estados frequentemente apelaram para normas ou valores supraleais (como o direito natural, o génio nacional, o interesse do povo ou da Nação, a tradição, a oportunidade política, a moral e os bons costumes, a religião), quando não para a simples vontade de chefes carismáticos, para ultrapassarem os limites rigorosos da lei (“decisionismo”) (HESPANHA, 2012, p. 529-530)

L. H. Hart, bem destacou o risco de se proceder a retroação da lei penal com base em aspectos supraleais ou supraconstitucionais, deixando às cortes o poder de atuar contra os cidadãos e até mesmo contra o governo, independentemente do direito legislado.

[...] após uma revolução ou alterações profundas, os tribunais de um sistema têm de considerar a sua atitude para com as iniquidades morais cometidas em forma jurídica por cidadãos privados ou funcionários durante o regime anterior. O castigo deles pode ser visto com socialmente desejável e, contudo, para o conseguir através de legislação francamente retroactiva, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pelo direito do regime anterior, pode ser difícil, em si moralmente odioso, ou, talvez, impossível... Foi desta forma que os argumentos de Direito Natural foram ressuscitados na Alemanha, depois da última guerra, em resposta aos problemas sociais agudos deixados pelas iniquidades do regime nazi e pela sua derrota. Deveriam ser punidos os informadores que com fins egoístas, conduziram à prisão outras pessoas acusadas de delitos contra leis monstruosas editadas durante o regime nazi? Seria possível condená-los nos tribunais do pós-guerra, com o fundamento de que as tais leis violavam o Direito Natural e eram, por isso, nulas, de tal forma que a prisão das vítimas por violação de tais leis era de facto ilegal, e o acto de provar tal prisão era em si próprio um delito? (HART, 2001, p. 224-228)

Os perigos daí decorrentes são conhecidos e bem explicitados por HART, ao observar que:

Pode parecer então tentador dizer que as leis que se associaram à iniquidade ou a permitiram não deviam ser reconhecidas como válidas, ou não deviam ter a qualificação de direito, mesmo se o sistema em que foram promulgadas não reconhecia qualquer restrição à competência legislativa do seu poder legislativo.... [mas] Um conceito de direito, que permita distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas. Pode admitir-se que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que,

ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado neste tempo proibia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. Um caso de punição retroactiva não deve fazer-se parecer como um caso vulgar de punição por um acto ilegal ao tempo da sua prática. (HART, 2001, 224-228)

O julgamento das atrocidades cometidas na Alemanha nazista nos remete a uma questão deveras importante às “sociedades líquidas”, utilizando-se a terminologia de Bauman. Embora nobre em seus objetivos, a submissão do direito à moral só se mostra viável em sociedades “que comungam (ou pensam comungar impondo essa comunhão) de ideais comuns sobre moral e direito” (CELLA, 2010, p. 13)

A prevalência da moral sobre o direito, é preciso lembrar, se deu, por um lado, pela vertente religiosa, que defendia a criação divina de uma ordem natural capaz de dirigir todos os seus movimentos, cabendo ao homem o papel de observá-la a fim de encontrar a justiça nos princípios do direito natural e, por outro, baseado em argumentos puramente racionais, extraídos da observação da história das sociedades e da dedução lógica, buscava formular um direito justo e universal, a ser “ensinado nas Faculdades de Direito, na esperança de que aqueles a quem caberia elaborar e promulgar as leis positivas se afastassem o menos possível do modelo ideal que lhes era ensinado”. (CELLA, 2010, p. 16-17)

É preciso salientar que os positivistas não negam a influência da moral na formulação do direito, visto que “o direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceite, como também de ideais morais mais vastos.” os quais adentram ao direito “ quer de forma abrupta e confessada, através da legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, por meio do processo judicial.” Como exemplo da primeira espécie de influência, pode-se apontar o direito inglês, com sua peculiar inexistência de limites formais ao legislador, ao passo que a segunda forma de penetração moral no direito é melhor ilustrada pelo direito norte americano, no qual, “os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”. (HART, 2001, p. 220)

Apesar da inegável influência da moral sobre o direito, o risco inerente ao Direito Natural é o de que os juristas, únicos seres dotados das capacidades intelectuais necessárias para encontrar este direito justo e universal, busquem substituir o direito

oriundo do processo democrático por aqueles de sua preferência pessoal e, com isso, impor sua moral e sua visão de mundo a toda a sociedade. (HESPANHA, 2012. p. 531-532)

É justamente contra esse possível abuso, e por expressamente refutar a existência de uma moral absoluta, universalmente aceita, que Kelsen se manifesta contrário, à submissão da norma legal à moral, para que possa ser considerada direito, pois:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular - pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade - e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos - então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça.

Contudo, Kelsen se encarrega de esclarecer que diante ampla variedade “daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares”, resta impossível apontar qualquer elemento “comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.” Até mesmo valores quase unânimes, como a paz e o respeito ao próximo foram condenados em determinadas épocas, como feito por Heráclito, ao professar “que a guerra não só é o ‘pai’, isto é, a origem de tudo, mas também o ‘rei’, isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta e que a luta, por isso, é justa.”

Ora, se nem mesmo a paz pode ser apontada como elemento comum de todos os sistemas morais, é possível afirmar que não se pode presumir qualquer valor moral absoluto, inexistindo meios para determinar o que deve ser considerado bom ou mau, em todas as circunstâncias. Eis porque KELSSEN sustenta ser auto evidente “que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou

inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva.” Ou seja:

[...] quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral... A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. (KELSEN, 1999, p. 45-49)

Do que fora exposto, nota-se existir justificável preocupação de que os valores pessoais dos juízes sobreponham-se às normas legais, previa e publicamente expostas, retirando do povo o controle sobre o Estado, vez que contra as decisões judiciais tomadas por cortes constitucionais, não há como opor recurso, ainda que estas sejam manifestamente contrárias à Constituição.

Contudo, “quaisquer que sejam as reservas a pôr ao argumento antilegalista, o certo é que ele tem provocado reações e respostas na cultura jurídica contemporânea”, destacando a tentativa de correlacionar o direito a valores “substanciais, objetivos ou, pelo menos, “conversáveis” (i. e., suscetíveis de discussão racional)”, o que traz inegável ganho para a democracia, qualificando os debates, especialmente entre os Poderes Estatais. (HESPANHA, 2012. p. 535)

Uma vez observado que a moral influencia o direito em geral (e as leis e decisões judiciais em particular), resta averiguar quais dos Poderes, num Estado Democrático de Direito, apresenta melhores condições para criar o direito e, em especial, as políticas públicas constitucionalmente previstas. Para tanto, faz-se necessário bem compreender as funções do Estado no contexto do Estado Liberal, no qual foi instituído o *judicial review* e do Estado Social, a fim de averiguar se aquele instituto se amolda plenamente às funções atualmente desempenhadas pelo Estado.

2.1 Estado Liberal x Estado Social: da garantia de liberdade ao papel de agente transformador da realidade social

O presente capítulo destina-se a apresentar o conceito de Estado Liberal e de Estado Social, bem como as principais diferenças existentes entre os dois modelos. Sua relevância para o tema decorre dos diferentes efeitos que a judicialização da política apresenta em cada modelo, sendo utilizada, no Estado Liberal, como forma de garantia de afastamento do Estado da vida privada, ao passo que no Estado de Bem Estar Social sua função precípua tem sido obrigar o Estado a implementar políticas públicas em favor de determinado cidadão ou da sociedade em geral.

Política, Direito e Constituição são temas assentes nas discussões acerca do binômio Democracia *versus* Direito Constitucional, vez que opõe, ao menos em princípio, a liberdade de autogoverno pregada pela Democracia, aos anseios de um instituto capaz de impedir, ou ao menos dificultar a prática de atos de injustiça contra os cidadãos.

Como a formação histórica de cada governo influencia na formação de suas estruturas jurídicas e sociais, não se pode pretender investigar a dualidade acima posta, sem situar as bases que lhes deram origem.

A democracia moderna finca raízes nas revoluções liberais do século XVIII, época em que surge “o Estado Nação, à ascensão da burguesia, [a]o surgimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica e à progressiva internacionalização da economia e do comércio.” e na qual institui-se o Liberalismo, termo que “padece de um alto grau de polissemia”, graças ao fato de que tal doutrina, ao longo de três séculos e “em diferentes locais do globo... deparou-se com problemas estruturais diferentes, cuja solução influenciou cada forma específica de liberalismo” levando a diversas formas de pensamento, “... todas compartilhando a mesma essência liberal -, mas ao mesmo tempo diferentes em muitos aspectos relevantes” (MORAES, 2014, p. 271)

Para efeitos deste estudo nos interessa o Liberalismo Jurídico, “cujo foco está na concepção de um Estado que garanta os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes” e que não interfira nas relações econômicas. Neste contexto, só seriam legítimas as intervenções estatais quando destinadas à preservação da “segurança individual dos cidadãos” (MORAES, 2014, p. 271-273)

Eis porque Carl Schmitt defendia que no modelo liberal, ao passo que a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, por ser um dado anterior à existência do próprio Estado, este, por sua vez, encontrava-se limitado em todas as suas funções, inclusive legislativas e executivas, sendo passíveis de controle por meio de normas fixadas previamente. (SCHMITT, 1934, p. 147)

Sobre a limitação do Estado pela Lei no Estado Burguês, Marcelo Catonni destaca que, da redação dos artigos 1º a 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, extrai-se a

ideia liberal Lockeana fundamental, segundo a qual haveria um conjunto de direitos pré-políticos, verdadeiras fonte normativa natural, que precederia, limitaria e condicionaria a lei, devendo esta ser tão-somente a encarnação e a expressão daqueles direitos. Assim, o art. 5º dirá que não cabe à lei senão proibir as ações nociva à sociedade que desrespeitem os fins para os quais a sociedade civil se constitui: a garantia e a conservação dos direitos naturais do homem. (CATONNI, 2000, p. 49-50)

E a limitação do Estado se dava, tanto pela Constituição, quanto pela Separação dos Poderes, sendo o sucesso desta última atribuído ao seu papel de garante das liberdades individuais e dos direitos políticos recém conquistados pelos burgueses. Como leciona Clèmerson Merlin Clève, “a fruição pacífica da independência privada constitui o núcleo da liberdade para o liberalismo”, daí decorrendo a “base para a arquitetura da noção de sociedade civil, como instância contraposta ao Estado”, formado este pela vontade dos indivíduos e sujeito tanto à limitação do Poder, quanto à limitação de seus fins. (CLÈVE, 2000, p.34-35)

Como elucida Habermas:

...[n]a concepção liberal o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos. Segundo a concepção republicana a política não se esgota nessa função de mediação. Ela é um elemento constitutivo do processo de formação da sociedade como um todo. A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel).¹¹

¹¹ Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram, transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante: junto à instância de regulação hierárquica representada pela jurisdição do Estado, e junto à instância de regulação descentralizada representada pelo

E, assim, “a doutrina liberal da vazão ao Estado de Direito Constitucional (submissão do poder ao Direito) e ao Estado Mínimo (Estado com atribuições reduzidas)”, ao qual não compete nada além de “manter a ordem interna e conduzir a política exterior”. Neste contexto, “... não é difícil entender que a técnica da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, funcionava perfeitamente, além de alcançar uma utilidade incontestável. (CLÈVE, 2000, p. 35)

O modelo liberal clássico precisou ser adaptado por conta do mercado monopolista decorrente da concentração de capital. Neste momento, no calor das exigências sociais requeridas pelos trabalhadores, promulga-se a lei antitruste norte americana na tentativa de restabelecer o mercado às condições pretendidas pelo liberalismo. É o fim do mercado autorregulado, o que acaba por ensejar o paulatino acúmulo de funções pelo Estado. Na Europa, apesar da promulgação de leis de cunho assistencial no século XVIII e das leis alemãs que criaram “seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho”, as quais foram embriões da intervenção estatal em favor do proletariado, é só a partir da Primeira Guerra Mundial que o paradigma liberal é afastado em favor de um Estado intervencionista. (MORAES, 2014, p. 274-275)¹²

mercado (junto, portanto, ao poder administrativo e ao interesse próprio individual) surge a solidariedade e a orientação pelo bem comum como uma terceira fonte de integração social. (HABERMAS, Três Modelos Normativos de Democracia, 1995, p. 39)

¹² De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes “avançadas” e “em avanço” do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana. Esses valores, parecia claro, tinham feito progresso durante todo o século, e estavam destinados a avançar ainda mais. Afinal, em 1914 mesmo as duas últimas autocracias da Europa, a Rússia e a Turquia, tinham feito concessões na direção de um governo constitucional, e o Irã chegara a tomar emprestada uma Constituição da Bélgica. Antes de 1914, esses valores só tinham sido contestados por forças tradicionalistas como a Igreja Católica Romana, que ergueu barricadas defensivas de dogmas contra as forças superiores da modernidade; por uns poucos rebeldes intelectuais e profetas do apocalipse, sobretudo de “boas famílias” e centros estabelecidos de cultura, de certo modo parte da civilização que contestavam; e pelas forças da democracia, no todo um fenômeno novo e perturbador... E no entanto os 23 anos entre a chamada “Marcha sobre Roma” de Mussolini e o auge do sucesso do Eixo na Segunda Guerra Mundial viram uma retirada acelerada e cada vez mais catastrófica das instituições políticas liberais... Em resumo, o liberalismo fez uma retirada durante toda a Era da Catástrofe, movimento que se acelerou acentuadamente depois que Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Tomando-se o mundo como um todo, havia talvez 35 ou mais governos constitucionais e eleitos em 1920 (dependendo de onde situamos algumas repúblicas latino-americanas). Até 1938, havia talvez dezessete

A mudança de postura foi necessária para que os Estados pudessem responder adequadamente aos desafios postos pela Primeira Guerra Mundial, cujas proporções exigiram que os esforços políticos e produtivos fossem direcionados quase que exclusivamente para este fim. De se notar que “até este momento histórico, nenhuma guerra havia exigido tal tipo de esforço. Com a necessidade de planejamento e enorme alocação de mão de obra fortaleceu-se o poder dos trabalhadores organizados e “o surgimento de uma economia de guerra foi consequência natural, já que a vitória dependia, em grande parte da produção de aço, das usinas e outros fatores de produção que precisavam ser dirigidos pelo Estado”, cujos instrumentos jurídicos se mostravam ineficazes. (MORAES, 2014, p. 275)

É por meio das alterações jurídicas iniciadas durante a Primeira Guerra Mundial que o Estado se transforma de espectador a protagonista. O direito invade as relações privadas e passa a regular as relações de trabalho, edita normas tratando da forma de organização e administração das empresas e das relações entre os cidadãos, passando a ser o “tutor” do bem estar da sociedade. Enquanto o Liberalismo estava centrado no indivíduo e na garantia de seus direitos, o Estado de Bem Estar mobiliza-se para atender o interesse público, fundando uma ordem de valores socialmente relevantes e que devem ser atingidos ao longo do tempo.

Como bem observa Jorge Miranda, “o Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito”, visto que “para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta”, permanece a limitação do poder político, e “a liberdade — pública e privada — das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva”. Não só, a titularidade do poder político continua sendo detida pelo “povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução francesa”. Contudo, mais que isso:

... se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a protecção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já

desses Estados, em 1944 talvez doze, de um total global de 65. A tendência mundial parecia clara... (HOBESBAWN, Era dos Extremos breve século XX: 1914-1991, Cap. 4)

necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). Do que se trata é ainda, para tornar efectiva a tutela dos direitos fundamentais, de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição; e daí a afirmação de um princípio da constitucionalidade a acrescer ao princípio da legalidade da actividade administrativa e a instituição de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos (). (MIRANDA, 1997, p. 96)

A dificuldade de compatibilização de modelos tão distintos torna-se evidente quando se observa que, enquanto o Estado de Direito baseia-se, precipuamente em “restrições e proibições à atuação estatal como forma de manter a liberdade dos indivíduos” o Estado Social, centra esforços nas “funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Essa oposição pode levar o poder estatal a extravasar os limites tão bem postos do Estado de Direito”, fazendo com que o seu principal desafio seja “impedir que as suas funções sociais se transforme em funções de dominação. (MORAES, 2014, p. 278)

Importante ressaltar que a função distributiva acima mencionada encontra fundamento constitucional expreso, servindo como norte para o legislador, para o administrador e até mesmo para o juiz, a lei deixa de ser um ato discricionário, estando vinculada aos fins constitucionalmente previstos, “variando o nível de vinculação do legislador conforme uma topologia dos interesses públicos encontrada dentro da própria Constituição”. E daí se pode afirmar que a Constituição brasileira tem caráter dirigente, tornando imprescindível a tomada de “atos de direção política, criadores, planificadores e reguladores das normas programático-diretivas. (MORAES, 2014, p. 279-282)

Sobre o caráter dirigente das constituições sociais Fábio Corrêa de Souza Oliveira salienta que, de maneira geral, o que se estabelecem são normas programáticas, às quais se podem atribuir três fases para fins de reconhecimento de sua eficácia:

1ª) a disposição programática não é norma, não possui, portanto, eficácia jurídica, é tão apenas exortação, conselho, sugestão, sem vinculatividade; 2ª) a disposição programática é norma e ostenta eficácia hermenêutica, isto é, influi na interpretação/aplicação das outras normas, inclusive das próprias normas programáticas; 3ª) a disposição programática é norma e possui eficácia hermenêutica e eficácia negativa, isto é, gera a invalidação de qualquer ato, inclusive lei, que a contrarie, o que significa que a direção apontada pela norma programática não se traduz como opção, faculdade, ao menos não no que se refere à possibilidade de adotar direção oposta àquela enunciada pelo preceito programático. (OLIVEIRA, 2015, p. 35)

Deve-se ter em conta que permanece ativa a discussão acerca da possibilidade do legislador ou do agente público “retroceder ou desviar da direção apontada pela normatividade programática” dependendo da situação fática apresentada. Sobre o tema, “o que se costuma entender é que, perante norma programática, o agente público conserva opção quanto ao momento de agir e quanto aos meios para alcançar a meta normativa”, ou seja, embora, “a princípio, não ter liberdade para tomar um caminho diferente daquele traçado pelo programa constitucional, o agente público deteria a liberdade para não iniciar ou continuar a rota normativamente prevista”, ainda que essa faculdade não seja plena, vez que para manter a coerência do sistema, encontra limites no princípio da razoabilidade (OLIVEIRA, 2015, p. 35)

Análise perfuntória do caráter programático das normas constitucionais, tem levado, por vezes, à equívoca conclusão de que diante deste caráter dirigente, o Poder Judiciário estaria apto a substituir o legislador e o administrador público. Contudo, esta solução deixa de observar característica fundamental do instituto ora em análise, qual seja: “A atuação do judiciário na implantação das normas programáticas é, por princípio, secundária, coadjuvante. O ator principal das normas programáticas é o legislador (daí o título do livro citado de Canotilho).” Ao Poder Judiciário só é dado intervir em “situação limite, excepcional. O contrário disso pode revelar, ao invés da vontade constitucional, patologia funcional das instituições.” (OLIVEIRA, 2015, p. 34)

Porém, as alterações sociais requeridas pelas constituições não decorrem exclusivamente de normas programáticas. A elas somam-se a atribuições de Direitos Fundamentais que, se de uma parte implicam em deveres negativos ao Estado (respeito à liberdade, da propriedade, etc...), de outra exigem ações efetivas da administração pública com vistas à sua plena realização, como é o caso do direito a educação e saúde para todos os cidadãos.

É neste aspecto que se acirram as discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário para garantir a efetivação de tais direitos no caso concreto, quando da omissão ou deficiência da prestação pública por parte do Poder Executivo. A despeito do já exposto, a resposta ao questionamento central deste estudo prescinde da análise dos aspectos atinentes à formulação das políticas públicas, objeto da próxima seção.

2.2 Da formulação e execução das políticas públicas

Até o presente momento este estudo centrou sua análise na formação do Estado, na centralização do Poder, na feitura das leis e, por último, na alteração das funções do Estado, operadas a partir do surgimento do Estado Social. Neste momento, torna-se necessário situar o que são políticas públicas e como elas são elaboradas e implementadas. Espera-se que o leitor, ao final desta seção, possa constatar que o Poder Judiciário não detém os instrumentos técnicos necessários à tal mister e que, mesmo que sua estrutura funcional fosse modificada ao ponto de assemelhar-se à detida pelo Poder Executivo, esta função ainda não seria por ele adequadamente executada por carecer de legitimidade democrática.

Com efeito, não sendo um órgão composto de agentes eleitos, não está afeito à contínua prestação de contas quanto aos resultados esperados pela sociedade, característica básica da democracia, que permite a renovação do quadro de representantes a partir do transcurso de períodos relativamente curtos.

A noção de política pública somente pode ser firmada mediante a significação atribuída à política, termo que apresenta acepções variadas, variando da concepção política da natureza do homem como ser coletivo até o seu emprego como ferramenta ou métodos e expedientes utilizados por indivíduos ou grupos de indivíduos para influenciar, conquistar e manter-se no poder. (HEIDEMANN e SALM, 2009, p. 29).

Heidemann e Salm (2009, p. 29), relacionam a política como a arte de governar e realizar o bem público, sendo uma teoria ou conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade, como também à organização, ao ordenamento e à administração das jurisdições político-administrativas.

Ao se propor certa linearidade histórica ao conceito de política pública tem-se na trajetória nomes como Laswell (1936) com a expressão *policy analysis* (análise de política pública); Simon (1957) que introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*); Lindblom (1959; 1979) propositores da incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório e Easton (1965) que contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma

relação entre formulação, resultados e o ambiente. Ante o exposto, pode-se definir política pública como o campo do conhecimento que busca, simultaneamente, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças (SOUZA, 2006, p. 23-24).

Apesar da multiplicidade de definições sobre o que venha a ser política pública, é possível estabelecer zonas de convergência às acepções estabelecidas. Assim, o que lhe é plural, no entender de Heidemann e Salm (2009, p. 28) é o fato de que o desenvolvimento de uma sociedade resulta de decisões formuladas e implementadas pelos governos dos Estados em conjunto com forças da sociedade, inclusive a de mercado em sentido lato.

As definições de políticas públicas guiam o nosso olhar para o *locus* em que os embates em torno de interesses, preferências e ideais se desenvolvem, isto é, os governos. No Brasil, somente a partir de 1950, recebe destaque a política de governo gerida com o propósito de resolver ou pelo menos diminuir os problemas sociais em âmbito geral ou setorialmente especificados.

Diante disso, Heidemann e Salm (2009, p. 32) consideram que a sociedade passou a aspirar por um novo tipo de governo, voltado para a atuação sensível em resposta aos anseios e serviços requeridos pelo cidadão. Assim, no contexto exposto pelos autores, o governo acaba sendo um mal necessário, já que é parte integrante e incondicional para que exista uma sociedade e porque: 1) o mercado não substitui o Estado, e os dois precisam de um governo societário; 2) as atribuições pertinentes a uma governança societária estão crescendo; 3) os cidadãos-contribuintes desejam melhor desempenho do que estão recebendo, em troca dos elevados impostos aos quais estão sujeitos. Inteirada destas razões, a administração pública precisa aperfeiçoar-se e aprofundar os estudos para dar uma resposta às necessidades da sociedade, o que dar-se-á por meio das políticas públicas.

Dye (2017, p. 6) sinaliza que cada segmento da sociedade tem suas motivações para a exigência de políticas públicas. Analistas políticos, estudiosos, instituições de pesquisas, assim como o cidadão, preocupados com a sociedade desempenham uma função importante no estudo e criação de novas diretrizes de política pública.

Kraft e Furlong (2013, p. 66) coadunam com Dye e expõem que o diagnóstico e o estudo dos vários segmentos sociais são de extrema importância para criar uma cultura de participação nos processos políticos com influência nas decisões políticas.

Como se vê, o processo de formulação das políticas públicas possui vários atores, que influenciam a ação governamental em determinado sentido, como são exemplos associações de moradores, ONG's nem sempre priorizando a consecução de todas as diretrizes constitucionais.

É neste processo que Frey (2000, p. 214) observa as vertentes da ciência política, e para as quais destacam-se as contribuições das abordagens do neo-institucionalismo e da análise de estilos políticos para o campo de investigação da ciência política e, deste, destaca-se que o interesse da apreciação e de políticas públicas não se restringe meramente a aumentar o conhecimento sobre planos, programas e projetos desenvolvidos e implementados pelas políticas setoriais. Utiliza-se de Windhoff-Héritier para expor que:

Visando à explanação das leis e princípios próprios das políticas específicas, a abordagem da '*policy analysis*' pretende analisar a inter-relação entre as instituições políticas, o processo político e os conteúdos de política com o arcabouço dos questionamentos tradicionais da ciência política (FREY 2000, p. 214).

Neste crescente, Frey (2000, p. 227) divide o agir político em fases: percepção e definição de problemas, agenda-setting, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e a eventual correção da ação. A seguir serão abordadas as fases estabelecidas pelo referido autor na formulação das políticas públicas.

As fases de um processo de criação de política pública iniciam-se com o alerta quanto à ausência de unanimidade na classificação de etapas para a sua formulação. No entanto, vale ressaltar que a formulação, implementação e controle de impacto das políticas são fases regularmente apresentadas pelos estudiosos ao processo de política pública (TREVISAN e BELLEN, 2008, p. 507).

Ainda, como bem elucida Dye (2017, p. 26), na prática, a formulação de políticas públicas raramente acontece em uma sequência de atos. Muitas vezes se faz necessário romper com essa elaboração, esse passo a passo para melhor compreender como as

políticas públicas são elaboradas. Além disso, vale considerar que as tradicionais divisões do ciclo político diferenciam-se, no dizer de Frey (2000, p. 16), apenas gradualmente.

Nesta linha de pensamento, Heidemann e Salm (2009, p. 34) iniciam um estudo do processo de políticas públicas, abordando quatro etapas claramente definidas : a) a tomada de decisão; b) a implementação das políticas, consubstanciada na “ação”, sem a qual não se poderia jamais falar em política pública; c) a verificação da implementação, fase na qual poderá se determinar o grau de satisfação que uma política está produzindo; e, finalmente, d) a avaliação com vistas ao aperfeiçoamento, reformulação ou simplesmente descontinuidade de certa política pública.

A visão academicamente muito expandida e aceita, no que tange a classificação das etapas de uma política pública refere-se à elaborada Frey (2000, P. 226), a qual aduz que as várias fases do decurso das políticas públicas correspondem a uma sequência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase.

Do ponto de vista analítico, o autor complementa que uma subdivisão um pouco mais sofisticada pareceria pertinente e, para tanto, propõe distinguir entre as seguintes fases: percepção e definição de problemas, agenda-setting, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e sua eventual correção.

Quanto à fase da percepção e definição de problemas, argumenta que as dificuldades somente transformam-se em problemas de política a partir do momento em que adquirem relevância de ação do ponto de vista político e administrativo. Assim, somente a convicção de que um problema social precisa ser dominado política e administrativamente o transforma em um problema de *policy*.

A mídia e outras formas de comunicação social, no entender do autor, devem ser consideradas para essa percepção e definição de problemas, uma vez que ao difundi-los lhes garante visibilidade e a possível pertinência política, a exemplo da divulgação de uma notícia sobre a falta de vagas em creche, falta de atendimento em hospital, entre outros acontecimentos propagados pelos meios de comunicação. Considerar a maneira

como os problemas foram definidos, torna-se importante para a proposição de soluções, o que ocorrerá na fase da elaboração dos programas. Dye (2017, p. 26) também aponta para os efeitos da mídia, categorizando-os como (1) identificação de problemas e definição da agenda para os formuladores de políticas, (2) influenciar atitudes e valores para questões políticas, e (3) mudança de comportamento dos eleitores e decisores.

A próxima etapa é chamada agenda-setting, momento de decidir quais das questões será dada atenção e quais serão excluídas ou adiadas para uma data posterior. Para poder tomar essa decisão, é preciso pelo menos uma avaliação preliminar sobre custos e benefícios das várias opções disponíveis de ação, assim como uma avaliação das chances do tema ou projeto de se impor na arena política.

Inserido o tema na pauta política é preciso entre as várias alternativas de ação escolher a mais apropriada, o que será efetivado na fase de elaboração de programas e de decisão.

Implementação de políticas do *policy cycle* é a fase em que ocorrem os esforços de destinação de verbas para desenvolvimento do programa. Momento que, no dizer de Rezende (2007, p. 517), deve “atender os requisitos da legislação vigente que requer a sua aprovação por lei municipal, [...], participação popular e demais particularidades”.

Frey (2000, p. 228) complementa que o interesse nesta fase, refere-se, particularmente, ao fato de que, muitas vezes, os resultados e impactos reais de certas políticas não correspondem aos projetados na fase da sua formulação.

Como etapa de desfecho do *policy cycle*, Frey (2000, p. 228) propõe a avaliação ou controle. Reflete-se sobre os objetivos do programa implantado e das futuras ações, ou seja, se alcançados levam a suspensão ou finalização, caso contrário, inicia-se um novo ciclo “uma nova fase de percepção e definição e à elaboração de um novo programa político ou à modificação do programa anterior” (FREY, 2000, p. 228-29), sendo indispensável para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública.

Kraft e Furlong (2013, p. 188) contribuem pontuando que os critérios de avaliação normalmente são desenvolvidos na fase de implementação. Trata-se de uma comparação para saber qual escolha terá politicamente mais chances de êxito,

avaliando-se o seu potencial. Além da viabilidade política, administrativa e técnica, deve-se averiguar a eficácia e os custos das alternativas disponíveis.

A avaliação de políticas e da correção de ação (evaluation), é imprescindível para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública. Aceita-se que a compreensão do sucesso e do fracasso das políticas públicas é fundamental para o melhor desempenho da administração pública, visão enfatizada e impulsionada ao final da década de 1970 pelo movimento da nova administração pública, oportunidade em que o Estado é fortemente questionado tanto em suas funções, quanto na real eficácia de suas ações interventoras na realidade social (TREVISAN e BELLEN, 2008, p. 531).

Os atores político-administrativos dificilmente se atêm a sequência de fases. Entretanto, é evidente que as realizações dos objetivos públicos demandam recursos financeiros do Estado, que são escassos e, por isso mesmo, pressupõem um gasto planejado e organizado no intuito de propiciar a máxima qualidade de vida aos cidadãos com o mínimo de investimento, uma vez que o Estado da condição de garantidor passa a provedor, substituição impulsionada pela transição democrática do pós II Guerra, que reverbera na Constituição de 1988.

Nesse sentido, dedica-se o planejamento plurianual, previsto no art. 165 da Constituição Federal de 1988, que firma o sistema orçamentário regulado por três leis: o Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA, considerados expressões jurídicas de políticas públicas (JACOB, 2013, p. 244; BRASIL 1988).

A LOA estabelece as despesas e as receitas que serão realizadas no ano subsequente a sua aprovação, provendo os recursos necessários para cada ação constante da LDO, concretizando objetivos e metas propostas no PPA. Aquele momento da alocação de recursos, conforme divisão de Frey (2000, p. 231) corresponde a fase de implementação das políticas públicas, em que ocorrem os esforços de destinação de verbas para desenvolvimento do programa escolhido.

Do que fora exposto nesta seção, resta concluir que o Poder Judiciário não detém condição de executar quaisquer das fases necessárias à correta execução de políticas públicas. Em especial, não está ele sujeito ao controle social dos resultados, vez que por

mais erradas que se mostrem suas escolhas, por mais que as políticas públicas se distanciem daquelas exigidas pelo povo, seus membros continuarão a executar suas funções, inclusive a escolha de outras políticas públicas, privando o povo de alterar este estado de coisas pela eleição de novos representantes.

Com efeito, apesar das dificuldades inerentes à democracia representativa, ela permite melhor *accountability* em relação aos atos praticados pelos representantes do povo, que a ele precisarão comprovar seus acertos e justificar seus erros durante as eleições continuamente elaboradas. Dito isso, e afim de que não restem dúvidas acerca da necessidade de respeito ao governo democrático, trar-se-á tal tema à baila na próxima seção.

2.3 Soberania popular como fundamento do estado moderno

O Estudo da democracia, enquanto instituto de direito e forma política de representação e governo é essencial à compreensão da crítica que se pretende fazer por meio da confirmação da hipótese de que a judicialização das políticas públicas retira do povo o poder de decisão quanto aos designíos da nação e, em especial, quanto a escolha das políticas públicas prioritárias para dada sociedade em um dado momento histórico.

Esta seção tem por objetivo a demonstração de que a soberania popular consolidou-se como característica principal do Estado Moderno e como garantia de auto governo, isto é, do direito de cada cidadão efetivamente atuar para a manutenção ou transformação de uma dada realidade.

A democracia talvez seja um dos temas mais instigantes da sociedade contemporânea e, paradoxalmente, um dos assuntos mais mal compreendidos. De se ressaltar que mesmo nos meios político e jurídico impera a confusão conceitual. Isso se justifica, em parte, pelo fato da teoria da democracia não ter sido elaborada por um único autor, tendo seus traços e características resultado da colaboração de vários autores, numa sucessão de alterações ao longo do tempo.

Ainda que a teoria dominante da democracia reflita uma construção que remonte à Grécia antiga, cujos contornos principais tenham sido razoavelmente precisos até o final da Segunda Guerra Mundial, a história alterou-se a partir daí e uma imprecisão

terminológica passou a tomar conta do tema. Tal fenômeno tem origem no fato de que todos os governos então estabelecidos passaram não só a se proclamar democráticos, como a enfatizar tal caráter nas doutrinas que defendiam. (SARTORI, 1994, p. 17-19)

Contudo, não se pode afirmar que o mundo tenha passado por um período de profunda democratização, mas ao contrário, de que o alargamento do conceito se deu por motivos políticos, ideológicos e até mesmo por equívocos epistemológicos, gerando confusão conceitual que ainda contamina a contemporaneidade.

A dificuldade na compreensão do instituto tem causado grande prejuízo à própria democracia, gerando apatia política e, conseqüentemente, a elitização da participação política e reforço da sensação de irrelevância do indivíduo frente ao Estado. Essa equivocada – ou deturpada - compreensão dos ideais democráticos levou à supressão dos direitos e garantias das minorias, mergulhando o mundo em um período de extrema violência, motivo suficiente para que sociólogos, juristas e cientistas políticos se atentem a importância de resguardar a cientificidade da teoria democrática, impedindo que dela novamente se utilize para atacar seus mais primorosos valores.

Nesse contexto, é necessário que se faça o resgate do conceito de democracia, a fim de que o processo decisório coletivo seja devidamente compreendido em sua essência e que seja explicitado o papel a ser ocupado por maioria e minorias na manutenção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

O termo *demokratía* foi elaborado pelos gregos no século V antes de Cristo para designar, em tradução livre, o “poder do povo” e se caracterizou essencialmente pela realização de assembleias de cidadãos em pequenas comunidades, as quais se reuniam em um local previamente definido a fim de decidirem as questões relevantes para essa mesma sociedade propondo e votando pela aprovação de leis. (BOBBIO, 1997, p. 53)

Importante notar que, embora todos os cidadãos pudessem expressar seu voto, nem todos os habitantes destas cidades-estados eram considerados cidadãos, de forma que com a exclusão das mulheres, de escravos, dos estrangeiros e dos povos submetidos, apenas uma pequena parcela da população realmente detinha o poder de interferir nos seus desígnios.

Isso, todavia, é insuficiente para se dizer que a ausência do direito universal ao voto, vez que a democracia possui dupla função, servindo ora para prescrever um

sistema de governo ideal – dever ser, ora para identificar um governo dotado de determinadas características – o ser. É nessa contraposição, entre o real e o ideal que se pretende buscar a conceituação de democracia no presente estudo. (SARTORI, 1994, p.22-24)

E foi por seus ideais que a democracia retomou força nos séculos XVIII e XIX, especialmente após as revoluções burguesas de 1789 e 1848, movidas pelos desejos de liberdade, igualdade e autodeterminação política. Tais movimentos visaram, sobretudo, a garantia da liberdade do jugo do estado de sociedade, da submissão ao poder alheio, que se apresenta “tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer.” (KELSEN, 2000, p. 25-27)

O movimento democrático moderno, fomentado pelo ideal de igualdade, tem como base, portanto, a recusa do indivíduo à submissão alheia, à opressão do Estado Autocrático e sua luta pelo poder de decidir, por si próprio as leis que se aplicam na sociedade em que vive.

A democracia direta, tida por muitos como ideal – nos moldes da Grécia antiga, todavia, mostra-se cada vez mais difícil de ser implantada, ante a enorme dimensão dos Estados atuais quando contrapostos ao tamanho das antigas cidades-estados ou mesmo dos países dos séculos XVIII e XIX. Dessa dificuldade resultaram variações do modelo democrático, em formas diferentes daquelas utilizadas pelos antigos gregos e da imaginada por Rousseau (BOBBIO, 1997, p. 41).

Não só, a sociedade contemporânea é pluralista, age como uma grande mistura de pensamentos e de posicionamentos religiosos, filosóficos e políticos, afastando-se completamente da massa uníssona, aumentando o dissenso ao invés do consenso.

Ainda quanto aos modelos de democracia, é importante compreender que embora esta possa se apresentar em maior ou menor grau, variando de acordo com a sistemática de cada sociedade, a ausência de determinados elementos desnatura sua essência de tal forma que faz surgir espécie completamente diferente de governo.

Já foi exposto que é a partir da conjunção das noções de liberdade e igualdade que se desenvolve a formatação do Estado Democrático, caracterizado pela

transformação da liberdade natural em liberdade política, apta a estabelecer os critérios de limitação social por meio de princípios de igualdade e autodeterminação.

Ao se tratar da liberdade requerida pela democracia, contudo, necessário se faz esclarecer que esta não se confunde com a liberdade dos germanos, caracterizada pela ausência de submissão a qualquer governo. A liberdade democrática, ao seu revés, “acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo perante a sociedade. Da liberdade da anarquia, forma-se a liberdade da democracia.” (KELSEN, 2000, p. 29)

QUADROS observa que para Rousseau é através de um pacto que o homem procura fixar condições que legitimem a substituição da ampla e insegura liberdade natural, pela liberdade civil, mais restrita, porém capaz de melhor garantir sua segurança, tendo como característica principal o poder do próprio homem racionalmente participar de sua elaboração. (PEIXOTO, COORD., 2015, p. 90)

Assim, a liberdade democrática refere-se ao poder do povo diretamente decidir ou, ao menos, influir nas decisões tomadas por esta coletividade com vistas a ordenar a vida em sociedade. A liberdade individual, então, cede espaço à liberdade da coletividade, que passa a ser considerada como um novo sujeito de direitos: O Estado. Nas palavras de Kelsen:

O imperium parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal. A vontade de cada uma das personalidades libera uma misteriosa vontade coletiva e uma pessoa coletiva absolutamente mística. Esse isolamento fictício efetua-se não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem com simples órgãos de um sujeito hipostasiado de tal poder. No regime autocrático, um homem de carne e osso – mesmo que divinizado – é considerado mandante. No regime democrático é o próprio Estado que aparece como sujeito do poder. (KELSEN, 2000, p. 33)

Disso deflui que para que se possa afirmar que um regime é democrático, deve ele prever e permitir a liberdade de seus cidadãos praticarem todos os atos que a vontade coletiva, formada por meio de escolhas coletivizadas, entenda como lícitos. Mas como se forma essa vontade coletiva? Quem são os sujeitos autorizados a informá-la, isto é, a quem é permitido influir para essa vontade geral? Enfim, quem compõe o “governo do povo”?

Partindo-se do pressuposto de que a democracia está fundada nos pilares da liberdade e da igualdade, com vistas à formação de um autogoverno, seria possível

imaginar que “povo” significaria literalmente “todo mundo”. Todavia, essa conclusão não só não é verdadeira, como se mostra impossível de ser atingida.

É importante observar que na Grécia antiga, embora a democracia fosse aplicada em sua forma direta, como sugeria Rousseau, com cada cidadão opinando sobre cada questão de interesse da sociedade, essa fórmula foi sofrendo alterações e mitigações, especialmente em razão do crescimento das sociedades, cujo elevado número de cidadãos, somada à maior complexidade dos temas daí decorrentes impediu, a manutenção desta forma de democracia. Vale dizer, uma coisa é decidir em um pequeno colegiado, outra, completamente diferente, é o processo de escolha nas grandes e heterogêneas sociedades contemporâneas.

Kelsen observa que tal como se dá em relação a liberdade, a noção de povo exige, para sua plena compreensão, a observação da antítese ideologia e realidade, ou seja, é preciso “confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta.” E, complementarmente, frisa que: “Democracia significa a identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é esse povo?” (KELSEN, 2000, p. 35)

Assim, seja porque mesmo na Grécia antiga o direito de propor ou votar leis não era outorgado a todos, senão aos cidadãos, seja porque é impossível quantificar “todo mundo”, não é possível afirmar que a democracia possa ser descrita como o governo de todos. De se notar que mesmo atualmente, após evidente ampliação dos titulares desse direito no mundo ocidental, persistem restrições ao voto, como no caso dos menores de idade, dos loucos de todo o gênero e dos condenados criminalmente.

Anteriormente foi observado que a somatória das vontades individuais leva a formação de um Estado, que atua a partir de si, em busca do interesse comum, o qual não pode ser entendido como simples soma dos interesses individuais. Nesse contexto, poder-se-ia imaginar que, da mesma forma que o Estado, o “povo” formaria um todo orgânico e indivisível.

Contudo, não é o que decorre da conjunção dos pilares democráticos. Afinal, se o povo fosse um todo orgânico, uma massa indivisível, tal conceito serviria mais para legitimar um governo tirano que uma democracia, vez que como “... o indivíduo nada

representa; em nome da totalidade, um e todos podem ser esmagados a qualquer momento e, por trás da fórmula, “todos como uma só unidade” vislumbramos a justificativa das autocracias totalitárias, não de democracias.” (SARTORI, 1994, p 44)

Sob o prisma do povo enquanto sujeito do poder, tendo-se em vista a limitação já exposta quanto ao povo enquanto “todo orgânico” e a heterogeneidade das sociedades, só resta caracterizá-lo, então, como a maior parte dos cidadãos, entendidos estes como a parcela de pessoas detentora do direito de voto. Daí se poderia concluir que a democracia representaria o direito de uma dada maioria ao controle do governo, por meio do processo eletivo.

Esse conceito, contudo, gera uma antinomia ao próprio sistema democrático, pois se fosse garantido à maioria o direito de controlar o governo, isto é, decidir de maneira absoluta sobre tudo, isto equivaleria a deixar as minorias alijadas do Poder. Nesse cenário, o primeiro eleito poderia manter-se no poder indefinidamente, transformando o sistema em algo totalmente diverso do ideal democrático. Conclui-se, portanto, que só se pode conceber a democracia como governo do povo, se esse povo não for equivalente à simples maioria, já que a minoria derrotada nas eleições é necessária à própria existência da democracia.

Sartori exemplifica a questão ao propor:

suponhamos que uma maioria tenha o direito, em função de seus próprios princípios, de exercer seu poder sem reservas. Inevitavelmente, e quase por definição, essa maioria tratará a não maioria de forma injusta e desigual. Isso significa que a maioria em questão pode manter-se e realmente se mantém com facilidade como maioria permanente. Mas quando temos uma maioria que não pode tornar-se minoria, então não estamos mais falando de uma maioria democrática – isto é, de um sistema cuja regra é o princípio da maioria. Pois um princípio de maioria requer maiorias alternáveis, com as várias partes do corpo político tendo condições de se alternar no exercício do poder” (SARTORI, 1994, p. 55)

Então, parece correto conceituar o povo como sendo o conjunto de pessoas que compreende tanto a maioria quanto as minorias, cujos interesses não podem ser aniquilados sob pena de desnaturação dos pilares que sustentam a democracia, o que equivale a dizer que a democracia é o governo da maioria, limitado pelos direitos da minoria.

Todavia, ainda é necessário apresentar mais um elemento à formulação do conceito de povo, pois partindo-se do pressuposto de que a noção de povo que

representa a teoria democrática (ideal) é aquele que comanda, aquele que de fato exerce o poder, há de se excluir todos aqueles que embora participem do processo democrático, o fazem sem consciência, sem opinião própria e que, portanto, se configuram numa massa sem juízo.

BOBBIO segue raciocínio similar, reconhecendo que o poder de fato não é exercido pela maioria. Para ele:

A democracia como autogoverno do povo é um mito que a história desmente continuamente. Em todos os Estados, quem governa – e aqui falamos de “governar” no sentido de tomar as decisões últimas que se impõem a todos os membros de um grupo – é sempre uma minoria, um pequeno grupo, ou alguns grupos minoritários em concorrência entre si (BOBBIO, 2013, p. 23)

Essa minoria a que se refere BOBBIO exerce o papel de preponderância muito em parte da apatia política da maioria, decorrente, sobretudo, da própria estrutura da sociedade de massas, isto é, do aglomerado amorfo, composto de indivíduos de todas as classes sociais, e que resulta de uma sociedade deveras plural e individualista. (SARTORI, 1994, p.46-49)

Nesse contexto, o “povo real”, isto é, o povo cuja vontade é de fato observada, é composto apenas por aqueles que, detendo direitos políticos, com opinião própria e engajamento intervêm no processo decisório a fim de guiar a formação da vontade comum. (KELSEN, 2000, p. 38)

Fixada a ideia de que o “povo real” de um sistema democrático, confunde-se com os detentores de direitos políticos que ativamente participam da vida política, resta constatar quando e de que forma esse “demos” pratica o papel de governar.

Do que fora até aqui exposto resulta uma noção mais precisa do conceito de democracia, do que o mero conceito etimológico normalmente empregado pelo senso comum. Todavia, para que separemos o ideal de democracia de sua realidade, há que se tomar em consideração que a democracia direta, tal qual praticada na Grécia não tem mais condição de assim ser executada na contemporaneidade.

A fórmula viável para se manter o “povo” no “controle” das instituições foi, então, a utilização da democracia representativa, pela qual o cidadão passou a eleger representantes para em seu nome decidir os temas de interesse da comunidade, ao invés de votá-los direta e individualmente.

Tal modelo de democracia, embora tenha prevalecido, enfrenta resistência desde sua concepção, sendo Rousseau um de seus mais fervorosos críticos, por entender que a soberania equivalia a vontade geral, indelegável e inalienável e que não se podia confundir com a vontade dos deputados, meros comissionários do povo. É nesse contexto que apregoa a ilusão dos ingleses, ao afirmar que:

O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; Tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la. A ideia dos representantes é moderna, vem do governo feudal, desse iníquo e absurdo governo, no qual a espécie humana é defraudada e o nome de homem constitui uma desonra. Nas antigas repúblicas, e inclusive nas monarquias, jamais o povo teve representantes. Não se conhecia sequer esse nome.(ROUSSEAU, 1974, Livro III, Kindle Edition)

Em que pese a contundência das críticas à democracia representativa, não há como negar, pelas diferenças já apontadas entre os Estados Modernos e as antigas cidades-estado gregas, que “a democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela minoria dos titulares dos direitos políticos. KELSEN (2000, p. 43) aduz que os direitos políticos – isto é, a liberdade, reduzem-se a um simples direito de voto.”, mas salienta que a democracia direta mostra-se praticamente impossível nos tempos atuais, pois “não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo seja a única forma real possível da ideia de democracia.” (KELSEN, 2000, p. 46)

A solução encontrada por meio da democracia representativa, não há dúvidas, trouxe inúmeras vantagens ao processo decisório, cabendo destacar a especialidade advinda dos políticos profissionais e a “liberalização” dos cidadãos para se dedicarem aos seus labores, permitindo o desenvolvimento da iniciativa privada e da própria política. Todavia, retirando a participação direta, além do risco de perda do poder delegado, há possibilidade de fraudes no processo eleitoral, de apatia política e de desvirtuamento da vontade do representado por parte do representante. (SARTORI, 1994, p. 52-53)

A perda do poder delegado e as fraudes não necessitam de maior aprofundamento, vez que se configuram em causas clássicas de eliminação da democracia.

Em sociedades cada vez mais pluralistas é muito difícil encontrar um candidato que possa representar as múltiplas facetas de seus eleitores. Um deputado pode, por exemplo, ter uma plataforma ambiental extremamente ajustada com a de seus eleitores, mas divergir de boa parte deles no que diz respeito a temas mais espinhosos, como em relação ao aborto. Parece mais acertada, portanto, a corrente doutrinária que defende que a democracia representativa não deve ser entendida como mera delegação de poderes dos representados aos representantes, mas como o processo de escolha daqueles reconhecidos pela maioria dos cidadãos como capazes de bem tratar os assuntos de interesse coletivo, sem que seus posicionamentos tenham que coincidir com a vontade de seu eleitor em todos os casos. Esse posicionamento encontra firme fundamento no fato de que a maioria das constituições prevê que os deputados não estão sujeitos a instruções diretas dos eleitores, possuindo “independência” em relação a estes.

É interessante observar que enquanto não totalmente suplantados os regimes autocráticos, o parlamento mantinha sua áurea de garantidor da liberdade e da vontade do povo, mas bastou a redução da possibilidade de retomada do poder pela aristocracia para que se ampliassem as críticas ao parlamento, acusando-o de restringir a liberdade do povo.

É neste ponto que toma relevo trazer à tona a judicialização da política, especialmente das públicas. Embora individualmente se comemore a ordem judicial que determina que o Poder Executivo forneça um dado tratamento médico ou promova a construção de uma escola em dado local, o fato é que essa determinação carece, na quase totalidade das vezes, de estudos prévios que justifiquem a destinação de parcela do orçamento público a tal mister.

Sabedores das limitações econômicas, temporais ou mesmo de pessoal que envolvem a escolha das políticas públicas a serem implementadas, não há como ignorar que tais espécies de decisão judicial acabam por drenar recursos financeiros, de tempo ou pessoal para a efetivação de um direito que, na maioria das vezes, tem alcance reduzido em relação à população em geral.

Assim, corre-se o risco de, para a concessão de um tratamento médico experimental ou simplesmente de auto custo, alijar centenas de pessoas de um tratamento médico de eficácia comprovada, cuja implementação foi priorizada após a

elaboração do orçamento público pelo Poder Executivo e sua aprovação pelo Poder Legislativo, órgão que prevê a participação popular ativa nestes casos.

Preterir-se-á, então, um direito legitimamente alcançado por meio da discussão e participação popular direta ou indireta, em face de uma decisão tomada em gabinetes que muitas vezes até mesmo advogados tem dificuldade de penetrar. Essa questão toma relevo ainda maior quando se depara com inúmeras notícias e estudos que demonstram grandes laboratórios patrocinando associações de pacientes com o fito destes obterem na justiça, ordem para que o Executivo adquira medicamento não constante da lista básica do SUS, em alguns casos, ainda sem aprovação na ANVISA ou mesmo prova de eficácia.

A questão que exsurge, então, é como conciliar os ideais democráticos com as características predominantes nas sociedades contemporâneas, posto que o ideal de liberdade se contrapõe à vontade coletiva e precisa ser ajustado à organização do trabalho, às dimensões e complexidade da sociedade contemporânea, inexistindo meios hábeis à participação direta do cidadão em todos os assuntos de interesse da coletividade.

Por outro lado, se não é possível justificar a democracia representativa exclusivamente com base na ideia de soberania popular, é necessário reconhecer que o parlamento permite a ampliação da discussão dos fatos de maior relevo para uma determinada sociedade por meio de sua técnica dialético-contraditória, pela qual se expõem e se defendem argumentos e contra-argumentos, sem o uso da violência e sem a imposição da vontade da maioria sobre as minorias.

As discussões no campo do Poder Legislativo e mesmo entre os Poderes de um dado Estado, tendem a gerar compromissos, pela decisão da maioria, mesmo quando incapazes de gerar consenso com a minoria.

Essa afirmação pode parecer incorreta a primeira vista, já que as decisões tomadas pela maioria, ao menos em tese, independem da vontade da minoria, de forma que podem, via de regra, ser impostas independente de consenso ou compromisso. Todavia, essa percepção se desfaz ao se lembrar que a democracia pressupõe a existência de maiorias alternáveis no exercício do Poder e, conseqüentemente, a ocorrência de minorias.

Assim, tanto o efetivo compromisso com o respeito às decisões tomadas pela maioria, quanto o compromisso com as regras do jogo somente ocorrerão caso as minorias não sejam esmagadas, podendo vislumbrar a ascensão ao Poder e garantir seu direito de oposição.

O princípio da maioria, enquanto mecanismo de apuração da vontade do povo e determinação dos rumos de determinada coletividade, não pode ser confundido como uma simples ditadura da maioria, vez que isto implicaria na negação da própria democracia.

Acerca da limitação do poder da maioria, SARTORI (1994, p. 183), aduz que:

... devemos ter em mente que o que está sendo investigado é uma interação extremamente complexa e global entre governados e governantes. Essa interação consiste em um processo de múltiplos estágios e facetas, onde maiorias e minorias concretas materializam-se (e eventualmente se dissolvem) de várias formas e em vários níveis. Vamos tentar desemaranhar essa interação complicada à medida que formos avançando. No início, só dois pontos estão definidos: onde o processo começa, e o que se propõe evitar. O processo começa com a regra do jogo que estabelece como os conflitos devem ser resolvidos; e a regra (método) é o princípio da maioria. Quanto ao propósito, foi eloquentemente prefaciado por Hamilton: 'Dê-se todo poder a muitos, eles oprimirão poucos. Dê-se todo poder a poucos, eles oprimirão muitos'.

De igual sorte, as normas eleitorais levam o parlamento a ser composto não apenas por aqueles que obtiveram o maior número de votos em contraposição ao total de votos, mas também por aqueles que tiveram os maiores percentuais de votos em seu partido ou coligação, garantindo que minorias também estejam representadas, vez que em partidos menores, a quantidade de votos necessária para ser eleito é inferior ao número exigido em grandes partidos.

Essa proteção concedida às minorias visa a manutenção da própria vida em sociedade, pois mesmo que se conceba a teoria do contrato social como uma ficção ideológica, não se pode negar que nas democracias o equilíbrio social decorre do acordo recíproco entre os cidadãos, que se submetem às leis por reconhecê-las como fruto de um processo formal de votação, que representa a “vontade do povo”.

A resposta a essa questão deve ser entendida sob dois aspectos: um do ponto de vista eleitoral e outro do ponto de vista da tomada de decisões no parlamento. O transcurso histórico da democracia permite afirmar que o critério de maioria veio acompanhado do que se denominava “melhor parte”, ou seja, de um critério de valor,

pelo qual se buscava atingir decisões justas, por meio da maioria e não simples decisões de maioria. De se notar que sua origem remonta ao processo de escolha de líderes desenvolvido pelos monges, que cientes da falibilidade do ser humano, elaboraram uma forma de eleger “... os mais capazes e os mais adequados, a forma de garantir que uma maioria dos piores não suplantasse a minoria dos melhores” (SARTORI, 1994, p. 192-193)

A realidade social demonstra que o princípio da maioria não se configura como a supremacia absoluta da maioria numérica, mas sim que exercendo a influência de sua posição leve os diversos grupos sociais a se organizarem em apenas dois grupos definidos, restando apenas uma oposição após aparados os fatores de diferenciação que agem no interior da sociedade. Esse entendimento é defendido por KELSEN, que ressalta que:

“O fato de o ponto capital da ação do princípio majoritário não ser a maioria numérica está intimamente ligado ao fato de não existir, na realidade social, um domínio absoluto da maioria sobre a minoria, porque a vontade geral, formada segundo o chamado princípio da maioria, não se manifesta sob forma de *diktat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultante do embate das orientações políticas de suas vontades”. (KELSEN, 2010, p. 69)

É nesse contexto que as minorias tomam maior relevo à democracia, visto que uma minoria constantemente excluída e totalmente desinfluyente das decisões relevantes acaba por recusar-se a reconhecer o jogo democrático, caminhando para o rompimento do Estado Democrático. Como já dito alhures, a democracia só existe onde há maioria e minoria, sendo esta premissa existencial da primeira. Essa peculiaridade força a maioria a participar dos debates dos temas de interesse dessa minoria e a buscar um compromisso que atenda ambos, minoria e maioria.

Não só, as decisões tomadas no parlamento são igualmente afetadas pelo poder da minoria, beneficiada pelos quóruns qualificados exigidos para a alteração/regulação de determinados direitos/situações, de tal forma que muitas decisões tomadas no âmbito do parlamento decorrem de compromissos reciprocamente assumidos entre os diversos grupos que o compõem.

O consenso atribuído às decisões parlamentares não deve ser confundido com calmaria, com ausência de embates. A regra, de fato, é o oposto. A técnica decisória do

parlamento, por meio de discursos, argumentos e contra-argumentos, fomenta a discussão dos temas aproximando opiniões e criando maiorias temporárias, algumas vezes limitada a um determinado objeto.

É em virtude disso que SARTORI sustenta que “na verdade ‘poder da maioria’ é apenas uma fórmula condensada para poder *limitado* da maioria, para um poder restrito da maioria que respeita os direitos da minoria.” e que tal conceito não constitui qualquer novidade, vez que tal conceito já fora reconhecido por BURNHAM, Lord Acton e Guglielmo Ferrero, os quais assim se posicionam em razão da importância que dão à liberdade individual. (SARTORI, 1994, p. 53)

É também com fulcro na liberdade que Kelsen justifica o princípio majoritário, sustentando que:

Afirmar que os mais numerosos são também os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula “a força supera o direito” só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito. Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. (KELSEN, 2000, p. 31-32)

É nesse contexto de liberdade, somada à igualdade (também essencial à democracia) que se desenvolve o processo decisório no âmbito parlamentar. Ele será tanto mais efetivo e tanto mais simples quanto mais homogênea for a sociedade e o próprio Poder Legislativo.

Assim, sendo a unanimidade inviável para a tomada das decisões, resta afirmar o princípio da maioria, limitado pela minoria, como mecanismo apto para a tomada das decisões de interesse do Estado, por viabilizar o processo de deliberação, obrigando ao embate de ideias e contribuindo para a formação de compromissos que permitindo a tomada de decisões de acordo com a regra do jogo e com elevado grau de aceitação social.

Do que fora exposto, é possível perceber que o jogo democrático é o que fornece melhores condições para que o povo faça prevalecer sua vontade, seja para afastar o Estado dos temas da privada, seja para demandar que este assuma o papel de provedor das mais variadas soluções destinadas ao bem estar social. Ainda que na democracia a prevalência das normas decorra de um critério de maioria, a formação desta, depende

de uma série de arranjos e compromissos, o quais levam ao respeito e atendimento de várias demandas minoritárias.

Resta, portanto, contrapor o que fora até aqui exposto ao *judicial review*, de forma a identificar se a judicialização das políticas públicas encontra amparo no Estado Democrático de Direito.

3 JUDICIAL REVIEW: DE VOLTA À CENTRALIZAÇÃO DO PODER?

Traçadas as premissas base deste estudo, torna-se necessário adentrar nos aspectos relacionados à judicialização da política. Neste capítulo será exposto como o *judicial review*, ao ser aplicado à implementação de políticas públicas, acaba por retirar do povo a possibilidade de escolher aquelas políticas públicas que se apresentem mais vantajosas à sociedade, atuando como limitador da liberdade do povo, escopo completamente oposto ao que ensejou sua criação no liberalismo orientador da formação constitucional norte americana.

Pretende-se, ainda, demonstrar que neste modelo, a escolha de implementação ou não de uma determinada política pública é retirada do campo de autonomia dos representantes eleitos, passando a ser determinada pelo Poder Judiciário por meio de decisões judiciais calcadas em normas constitucionais de caráter programático.

Por fim será exposto que, diante da escassez econômica, a determinação de implementação ou mesmo a ampliação de determina política pública poderá ensejar o cancelamento parcial ou total da execução de uma ou mais políticas públicas previamente elencadas como prioritárias para uma dada sociedade, causando não só impactos financeiros, mas frustrando, em última análise, o próprio direito de autodeterminação do povo.

Ao final deste capítulo, espera-se que o leitor possa compreender os riscos que a gestão ou implementação de políticas públicas, pelo Poder Judiciário, pode causar à democracia.

É importante lembrar que, se sob a égide do positivismo cabia ao juiz apenas a aplicação da lei vigente, com o advento da jurisdição constitucionalizada, este passou a observar não só os aspectos formais, mas essencialmente a dimensão substancial do ordenamento jurídico, calcado nos direitos fundamentais (CARVALHO, 2015, P. 257).

A análise desse conteúdo substancial se caracteriza por típica atividade do Poder Legislativo, a quem costumeiramente incumbia sopesar as pretensões e resistências da sociedade no campo da política, inexistindo qualquer questionamento quanto à legitimidade de tal proceder, em se tratando de regime democrático, vez que tal Poder é legitimado por meio de eleições regulares.

Esse tipo de atuação judicial encontra sua origem nos Estados Unidos da América, mas ao contrário do que muitos sustentam, não se encontra no famoso caso Marbury x Madison, de 1803, vez que não se pode atribuir o surgimento de um instituto jurídico a um único ato, de um único homem. De fato, o *judicial review* remonta ao período em que se realizaram as discussões do sistema constitucional federal, quando os denominados *founding fathers* (fundadores da nação, em tradução livre) optaram por um distanciamento do modelo inglês de exercício do poder, com vistas a limitar o poder do parlamento (ante a ameaça de revogação dos direitos conquistados). (CONTINENTINO, 2016, p.117)

A defesa da legitimidade do Poder Judiciário para efetuar a revisão das leis não decorreu sem fundadas críticas dos anti-federalistas. Com o objetivo de rebatê-las Alexander Hamilton publicou um ensaio, conhecido como federalista nº 78, no qual se abstrai a ideia de que a revisão judicial dos atos do congresso não traria qualquer risco à democracia, pois de todos os “Poderes”, é o que detinha menor força, posto que nem comandava o orçamento, como a Congresso, nem as armas, como o Executivo. O Judiciário estava restrito ao julgamento, pois não tinha condição de impor nem mesmo suas próprias decisões. Fator que não se pode deixar de mencionar é que a defesa do *judicial review* se deveu, sobretudo, pelo receio do povo norte americano ser despido dos direitos de liberdade recém conquistados, visto que não confiavam no Poder Legislativo, oriundo de uma tradição de prevalência absoluta da lei (modelo inglês). (The Federalists, 2001, p. 495-503)

As discussões políticas pré-constitucionais norte americanas também influenciaram o Poder Judiciário daquele país, que em significantes decisões proferidas ao longo da década de 1780 negou a aplicação de leis por afronta às Constituições Estaduais, com vistas à preservação dos direitos e garantias individuais, de forma que o exercício do Poder possuía acentuada ênfase na garantia de manutenção do poder do povo (CONTINENTINO, 2016, p.119)

É importante observar que a tradição jurídica norte-americana – diferentemente da europeia e brasileira, combinou, “num equilíbrio diverso, o princípio democrático com o da garantia de direitos dos cidadãos, admitindo que estes se fundavam num direito natural pré-estatal”, cuja vigência não era afetada pelo “estabelecimento da sociedade

política e da fixação das normas de convivência na constituição e nas leis.” É em decorrência desse conflito entre “a tradição americana de reconhecer um direito anterior à própria constituição” e a “tradição europeia do direito democrático” que muitos autores criticam a “rejeição europeia do constitucionalismo norte-americano” por nela visualizar um processo de desdemocratização da constituição e do direito que foi afastando o “povo” do processo de criação do direito.” (HESPANHA, 2016, p. 632-642).

Ao passo em que transferida ao Poder Judiciário, surgiram muitos questionamentos acerca de tal *mister*, já que além de contradizer a tradicional tripartição dos Poderes, é efetivada por um órgão contramajoritário. Esse caráter do sistema de *judicial review* é questionado também nos Estados Unidos da América (onde é praticado há quase dois séculos) e no Canadá, sendo importante destacar a posição de conceituados autores, como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Luc B. Tremblay.

O problema da legitimidade, segundo este último autor, reside no fato já bem conhecido de que a democracia se assenta na ideia de que a fonte de produção das leis reside no povo ou em seus representantes eleitos. Assim, se presumem democráticas as leis oriundas do Poder Legislativo, ao passo que se presumem antidemocráticas as decisões tomadas por juízes, que impliquem na revogação de leis democraticamente votadas, justamente porque estes juízes não foram eleitos para alterar a legislação. (TREMBLAY, 2005, p. 619)

Esse tipo de atuação é, portanto, claramente contramajoritária e, nesse passo, pode-se afirmar que a revisão judicial é presumidamente antidemocrática, cabendo aos seus defensores o ônus de demonstrar sua legitimidade. Várias estratégias foram propostas com este desiderato, valendo destaca-las como: baseada nas fontes (origem); baseada no processo e baseada na natureza ou substância. (Tremblay, 2005, p. 620)

A mais antiga e relevante destas teorias é a baseada nas fontes. Ela sustenta a que a legitimação da revisão judicial depende da comprovação que, de alguma forma, a decisão possui um fundamento positivamente democrático em sua origem. Duas são as formas pelas quais se busca efetuar a prova da origem democrática do *judicial review*. A primeira delas fundamenta-se no fato de que foi a constituição escrita (votada pelos

representantes do povo) quem outorgou a autoridade para os juízes revisarem a validade das leis.¹³

TREMBLAY sustenta a incoerência desta teoria no fato de que a democracia representa um princípio geral da soberania popular, pela qual o povo diretamente, ou por meio de seus representantes eleitos, regula a sociedade como melhor aprouver à maioria. Assim, negar o direito da maioria da população legislar em sentido contrário ao de seus antepassados, estagnaria o progresso da democracia.

A segunda teoria busca eliminar a contradição acima exposta. Para tanto, argumenta que a legitimidade da revisão judicial decorre do fato das normas constitucionais expressarem uma espécie de vontade coletiva de valor superior à vontade expressada em momentos em que se altera a legislação de maneira corriqueira.¹⁴

Por fim, Tremblay identifica, uma outra maneira de apresentar esta segunda teoria, que busca sustentar a prevalência das normas constitucionais sobre a legislação ordinária, a qual denomina de metafísica do dualismo democrático. Segundo tal vertente a política democrática apresenta uma tensão envolvendo o povo “real”, que seria racional ou realmente comprometido com os propósitos da comunidade e aquele representado nas eleições, frequentemente guiados por emoções, interesses pessoais, paixões, necessidades imediatas. Em vista disso, as cortes estariam autorizadas a nulificar as políticas formuladas nestas condições, fazendo prevalecer o direito os direitos fundamentais.

Ao tratar das dificuldades relacionadas à aceitação do controle da jurisdição constitucional, Miguel Gualano de Godoy destaca que:

¹³ Essa é corrente que prevalece no Canadá e assim também foi aceita nos EUA por muito tempo. Essa forma de justificar o judicial review como democraticamente válido foi utilizada na fundamentação elaborada por John Marshall, então presidente da Corte Suprema Norte Americana no julgamento do processo conhecido como Marbury x Madison.

¹⁴ Essa estratégia pode se justificar de várias formas. Para Bruce Ackerman, a noção de dualismo democrático implica em reconhecer uma superioridade normativa às regras constitucionais norte americanas sob o fundamento de que estas foram elaboradas em momentos de discussão política que fixaram o julgamento de uma massa considerável de cidadãos que discutiam o tema coletivamente, ao passo que as alterações ordinariamente elaboradas decorrem do processo normal de legislação, isto é, sem discussões aprofundadas sobre os temas votados na lei, devendo ser encarados não como manifestação direta do povo, mas apenas e tão somente como os ideais de seus representantes. Nesse contexto, as cortes constitucionais tem o dever de manter o direito constitucional, quando contraposto por legislação ordinariamente elaborada, afim de que se evite frustrar direitos dos cidadãos em prol de interesses de seus representantes... (TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, p. 621-622)

Outra objeção diz respeito à justificação da legitimidade do Poder Judiciário (e da Suprema Corte, em especial) como a instituição mais bem capacitada para conservar as decisões constitucionais tomadas pelo povo. Vale dizer, por que deixar nas mãos de um órgão essencialmente contramajoritário a guarda das vontades mais fundamentais do povo? (GODOY, 2012, p. 138)

Da mesma forma também entende TREMBLAY, para quem:

[...] mesmo que a Constituição fosse democraticamente superior à ordinária legislação, disso não seguiria necessariamente que os juízes devam ter o poder para rever a legislação. Na medida em que a legitimidade política é uma questão de *pedigree* democrático, parece seguir que os legislativos, não os tribunais, devem ser moralmente intitulados para tomar as decisões finais em relação à interpretação e aplicação constitucional — pela própria razão que melhor representam as pessoas. (TREMBLAY, 2005, p. 622)

Esses posicionamentos demonstram o quanto é delicada a questão quando posta no contexto do Estado Social, vez que ao serem legitimados a determinar que os Poderes Legislativo e Executivo instituem determinada política pública, ao menos em tese, a competência funcional destes é substituída pelo Poder Judiciário.

Neste aspecto nota-se, *a priori*, uma substancial diferença entre o instituto do *judicial review* oriundo dos Estados Unidos da América do final do século XVIII e aquele praticado no Brasil contemporâneo, vez que troca-se a ordem para que o Estado deixe de fazer algo em razão da garantia de liberdade do povo, para se estabelecer uma ordem de fazer, isto é, de cumprir uma determinada política pública em favor de um indivíduo ou de toda a sociedade.

Maria Paula Dallari Bucci aduz que:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (Bucci, 2006, p. 39, APUD BARBOZA et al, 2012).

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katia Kozicki (2012, p. 73) sustentam que o Poder Judiciário é plenamente apto ao julgamento de questões atinentes às políticas públicas, vez que estas seriam os meios estabelecidos pela Constituição Federal como

adequados à implementação dos direitos fundamentais. Sobre o tema, vale destacar que, para as aludidas autoras:

[...] deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.

Vez que num Estado Democrático cabe ao povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos, a definição das políticas públicas a serem executadas num dado tempo, a análise deste aspecto terá fundamental importância na presente pesquisa.

Outrossim, ainda que parte da doutrina reconheça a legitimidade do Poder Judiciário para tal mister, especialmente quando houver omissão dos Poderes Legislativos e Executivo, como é o caso de KOZIC E BARBOSA, exsurge indispensável averiguar em que casos estes poderiam ser considerados “omissos”, especialmente diante de restrições orçamentárias, da pluralidade de direitos fundamentais a serem atendidos e da plataforma política com que determinado governo tenha sido eleito (política econômica austera, por exemplo).

Lenio Luiz Streck (2015, p. 4), por sua vez, destaca que a questão primordial, no entanto, não residiria no “quanto” de judicialização da política há num determinado sistema, mas sim como são proferidos os julgamentos nestas questões, alertando que esse é um tema muito caro à democracia e que a ausência de controle pode levar ao autoritarismo, consubstanciado no que a doutrina tem denominado de ativismo judicial, que, nas palavras de Elival da Silva Ramos traduz:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. (RAMOS, 2010, p. 129)

O comportamento ativista também é combatido por Cibele Fernandes Dias, para quem “Contrariando os federalistas, a história demonstra que há um perigo real de usurpação do Poder Judiciário sobre o Legislativo.” A conduta antiativista, por sua vez,

evitaria que juízes constitucionais pretendam “heroicamente” indicar o conteúdo das leis, imaginando-se capazes de interpretá-las sem a influência de seus próprios sentimentos. (DIAS, 2013, p. 11 e 12)

Do que fora exposto neste estudo é possível afirmar que a judicialização das políticas públicas apresenta grave déficit democrático, colocando em risco a soberania popular e favorecendo a formação de um Poder Exageradamente mais forte que os demais, nos remetendo ao Estado Monárquico da idade média.

Ademais, o Poder Judiciário também carece de mecanismos para adequadamente determinar a implementação de políticas públicas ou de direitos que naturalmente derivam deste tipo de intervenção estatal.

Respeitável parcela da doutrina não só considera perigosa a transferência de tamanho poder a um único braço governamental, como adverte o risco de que esta atuação jurisdicional extrapole os limites interpretativos das normas, falseando os contornos jurídicos delineados na Constituição Federal a fim de emprestar justificativa jurídica à escolhas meramente discricionárias, como expressamente adverte sobre os riscos que tal situação pode impor à democracia.

Esse último viés é sustentado com base em fatores históricos, especialmente ligados ao antigo regime, o que impõe o estudo do comportamento dos juristas em aludido período.

3.1 - Os juristas e o controle do poder: o que nos revela a história?

Esta seção tem por fim trazer à tona o papel que os juristas exerceram na formação e no exercício do poder ao longo dos séculos e demonstrar que a crescente atuação do poder judiciário em questões de políticas públicas pode levar à dominação social por parte de uma elite burocrática, que tal receio encontra sólidos exemplos na história e que a crescente concentração de poderes no judiciário coloca em risco o direito do povo se autogovernar.

De igual importância, pretende-se com a presente seção, dotar o leitor de subsídios que o permitam concluir pela invalidade da tese de que os juízes seriam mais capazes para a tomada destas decisões, por serem imparciais e dotados de

conhecimento jurídico que os afastaria dos erros cometidos pelo legislador comum ou pelos gestores eleitos.

Da mesma forma, ao final desta seção espera-se que o leitor possa concluir pela falsidade do argumento de que o critério majoritário levou à prática dos mais graves casos de desrespeito aos direitos humanos dos tempos recentes, quais sejam, os crimes cometidos pelos regimes Nazista e fascista, sendo enviesada a visão de que a democracia precisa ser controlada e em alguns casos substituída pelos tribunais.

Segundo Antonio Manuel Hespanha, a expressão “Desembargocracia”, usada por Almeida Garrett carece de precisão histórica, visto que “não eram só os desembargadores que dominavam o poder, nomeadamente esse poder decisivo de dizer o direito”, estando eles, na verdade, em posição inferiorizada aos juristas doutrinadores, autores de livros ou manuais que formaram milhares de juízes, advogados, procuradores, parlamentares, burocratas e, em geral, ‘gente culta’, mesmo não juristas.” (Hespanha, 2017, p 60-64)

A observação feita pelo professor português não se restringe geograficamente à sua terra natal, podendo ser tratada como situação comum em toda a Europa continental do período oitocentista.

De se notar que durante esse período os juristas teóricos assumiram a posição de modelar a opinião comum, os direitos e deveres de cada um, o funcionamento da sociedade e, até mesmo, os poderes do governo. A centralidade desse discurso decorria de sua “eficácia estruturante”, que de maneira direta ou mediada atuava sobre o conjunto da normação social (e não apenas estritamente jurídica). (Hespanha, 2017, p 65-66).

Este papel, assumido com largos contornos de dominação, era:

politicamente conveniente a um projeto de empoderamento das elites sociais. Como mostrou Z. Bauman[1], a sociedade burguesa teve que realizar uma exclusão política imensa, tirando poder, nomeadamente às comunidades camponesas e aos grupos sociais mais desfavorecidos. Fê-lo de muitas maneiras, mas também – e decisivamente – pelos mitos dos méritos da “cultura” e do “mérito cultural”. Hespanha, António Manuel. Sacerdotes do direito: Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista (HESPANHA, 2017, p. 75-80).

Tal modo de restringir o poder a um determinado grupo de pessoas, afastando os grupos desfavorecidos, permitiu aos juristas a conformação do Poder de tal forma a afastar o direito oriundo das periferias e justiças tradicionais (juízes eleitos pela

comunidade), substituindo-os por juízes nomeados pelo novo Poder Central. O argumento, como não poderia ser diferente, fundava-se no discurso de que os julgadores locais eram incapazes de entender a real natureza do direito, vez que despidos do ferramental intelectual necessário para tal atividade.

O passo seguinte mirava desconstituir o direito democraticamente produzido, sob a alegação de que o direito justo não poderia advir da quantidade, do consenso majoritário, mas sim da qualidade:

Neste ponto, o tópico dominante já não era o da oposição cultura/ incultura, mas o da supremacia da “razão” sobre a “vontade” (do ocasional legislador, dos políticos e das suas assembleias, dos eleitores, do “número”). Por isso se reclama para a doutrina o poder de controlar a lei; para os juízes, a possibilidade de adequar segundo o seu arbítrio a regra geral aos casos; para os professores, o exclusivo do sondeio da razão natural que estaria por detrás das soluções jurídicas. Estatalismo, legalismo, abstração e generalidade eram então os tópicos mais invocados pelos juristas para censurar o direito oficial e para recuperar o poder de configurar o direito de que dispunham no Antigo Regime. Ou no momento de estabelecerem teorias gerais, libertas do império do legislador estadual, ou no de se sobreporem à lei no julgamento dos casos concretos. (Hespanha, 2017, p. 96-103).

A exigência de liberdade para o exercício da razão jurídica face à razão dos “políticos” bem demonstra a permanente estratégia dos juristas para imporem a supremacia dos seus pontos de vista, argumentos e valores. (HESPANHA, 2017, p. 92)

Em que pese esta pretensão corporativista, a Europa passou a incorporar, progressivamente, a ideia do direito enquanto “manifestação de vontade do povo, expressa pelos seus representantes ..., escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceria nas constituições dos Estados.”, (HESPANHA, 2016, p. 619-627).

O processo democrático de criação do direito teve reforço na ideia de que o Estado seria o melhor porta-voz da soberania popular, vez que se apresentava como neutro em relação a sociedade, capaz de racionalizar os diversos interesses em conflito em uma sociedade. A ideia de Estado racional implica em lhe reconhecer “a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade das pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional e a fazer prevalecer o interesse do todo (o interesse público, nacional)” (HESPANHA, 2016, p. 642-652).

Em vista disso, a tarefa interpretativa estava quase restrita à exposição da vontade do legislador, a quem cabia, em caso de dúvidas, o esclarecimento do alcance e sentido das leis. De fato, ou se entendia a fonte do direito como sendo:

a vontade (conjuntural) do soberano e, então, não há grandes recursos para construir sobre as suas manifestações um saber coerente e geral como a ciência. Ou se prefere esta construção científica e, então, ter-se-á que substituir a vontade real do soberano, expressa no texto das suas leis, por uma vontade fictícia, de um legislador coerente e razoável, porém fantástico. O espírito da época - que não era apenas do despotismo iluminado dos Estados alemães (nomeadamente, da Prússia e da Áustria) ou o do jacobinismo da França revolucionária, mas ainda o de uma reação europeia contra os abusos de uma doutrina e de uma jurisprudência errante e incerta - acaba por prevalecer, numa conceção de direito que, por ora, concede pouco espaço à construção jurídica. (HESPANHA, 2017, p. 1927-1935).

Consequência lógica desta centralização do poder do Estado e da soberania popular, é a involuntária partilha do poder dos juristas¹⁵, “apesar da decisiva participação que têm em qualquer dos dois modelos de ordem jurídica” (jusracionalista ou democrático-parlamentar), seja como *Kronjuristen* ou como parlamentares, “para não referir já a sua função de participantes privilegiados do novo espaço público.”¹⁶ (HESPANHA, 2016, p. 1833).

A contrariedade à hegemonia dos juristas, impôs uma série de medidas restritivas “em relação ao império da doutrina”, principalmente no final século XVIII, quando são editadas várias normas com vistas à vedação da interpretação doutrinal, a exemplo da França (ordonnance de 1667, I, 3-7; Lei de 24.8.1790; Const. 1791, 3,5,21; Cod. Pen. 1810, art. 127) e Portugal (L. 18.8.1769); devendo as dúvidas sobre os sentidos da lei ser remetidas ao soberano (référé législatif). (HESPANHA, 2016, p 1909-1914).

¹⁵ No contexto político das primeiríssimas décadas dos regimes constitucionais – como se conheceram em França, em Espanha e em Portugal -, esta inexistência de uma função dirigente da doutrina não deixava, afinal, de corresponder à projetada função dirigente da constituição e da lei parlamentar. A doutrina, tal como a jurisprudência, haviam de ser dirigidas, e não dirigentes; o que, no caso da última, era um obstáculo político-doutrinal sério a um controlo judicial da constitucionalidade das leis, pois esta supunha nos juristas e nos juízes uma legitimidade ou competência de interpretar a constituição superior à dos próprios parlamentares. E, de facto, os defensores da soberania (agora, da soberania popular) tendiam a ver inimigos jurados nos juristas ‘sicofantas’ e ‘sofísticos’ – denunciados por J. Bentham - e na sua primazia política -, na tal ‘desembargocracia’ (governo dos desembargadores), resquício da velha ordem, ainda recusada pelo escritor-parlamentar Almeida Garrett nos meados da década de 30, justamente a propósito da vigilância da ‘jurisdicidade’ das leis. Na verdade, a função dirigente da constituição e da lei parlamentar tinha certos corolários. O mais importante era a proibição da interpretação doutrinal das normas de hierarquia superior, remetendo todas as tarefas interpretativas para o órgão legislativo... Esta desconfiança em relação aos juristas continuava-se numa desconfiança em relação aos tribunais. (HESPANHA, 2017, p. 1956-1959)

¹⁶ Seja como for, era grande a nostalgia da época em que o direito era a sua doutrina - sábia, sensata, experimentada, recebida, produto de uma reflexão corporativa - e não as especulações dos *philosophes* ou *idéologues*, ou a vontade arbitrária dos parlamentares. (HESPANHA, 2017, p. 1833)

Nesse contexto, é “fundamentalmente, o anseio, por parte do corpo dos juristas, de recuperar uma hegemonia decisiva que explica a história da teoria das fontes do direito e a teoria da constituição de todo o período oitocentista.” Ainda que os argumentos postos a justificá-los sejam de “dogmáticos, filosóficos, de razoabilidade, eles servem quase sempre para recuperar o domínio do campo de produção/ declaração do direito.” (HESPANHA, 2017, p. 1834-1844)

A soberania popular passa, então, a sofrer restrições decorrentes de proposições que tem por objetivo corrigir “eventual desatino das maiorias parlamentares”, a exemplo dos “governos de assembleia – nomeadamente do período da Convenção e do Terror (1792-1795)”. De outro lado, ora se defendia que a Nação não se limitava aos eleitores que legitimavam as assembleias, ora se afirmava que o direito não decorria do poder político, sendo “tarefa sobretudo codificatória de um direito deposto na tradição e que era preciso, apenas codificar.”¹⁷ (HESPANHA, 2017, 2065-2072).

É a partir de 1804, então, que os juristas passam a recuperar sua tradicional função criadora e legitimadora do direito, é o surgimento do “império da razão, adverso da criação parlamentar do direito e, em contrapartida, adepto de uma sua legitimação pela autoridade racional ou científica”, apta a limitar “o poder do povo de criar direito... pela razão, que, assim, constituía a verdadeira ordem jurídica eminente ou o verdadeiro poder constituinte” a quem ainda se acresceriam “os limites da natureza histórica e orgânica da Nação”, inacessível aos parlamentares, “mas cujo conhecimento estava facilitado aos juristas, aos filósofos, aos historiadores e aos políticos por uma tradição de cultivo de saberes que tinham por objeto a tradição e, finalmente, a alma dos povos.”¹⁸ (HESPANHA, 2017, p. 2134-2171).

¹⁷ O *Discours préliminaire sur le Projet du Code Civil* apresentado por Jean-Etienne-Marie Portalis, no 1º do Pluvioso do ano IX, contém as linhas de orientação desta nova defesa da função criadora dos juristas, agora em face das novidades de um regime de alegado primado da lei parlamentar. Essa defesa articula-se nas linhas seguintes: o direito positivo como aplicação do direito natural; este, como ordem imperativa, fundada na natureza das coisas; os juristas, como possuidores de uma sabedoria, feita de tradição, de estudo e de prática, capaz de identificar os princípios desta ordem e, logo, detentores das chaves de compreensão e de integração do direito legislado; os magistrados, senhores de uma ciência de concretização do direito, estranha à ciência do legislador, o qual, por isso, não pode invadir o campo da magistratura (HESPANHA, 2017, p 2111-2125).

¹⁸ Também por esta via se consolidava o predomínio da autoridade da razão sobre a vontade do poder. De novo, do império do povo para a autoridade dos sábios. (HESPANHA, 2017, p. 2237).

A crise de identificação entre o direito e a lei, trouxe nova oportunidade para que as antigas elites, especialmente os juristas, passassem a lutar pela restauração do poder de conformar o direito, baseando-se na nocividade da formulação das leis com base em critérios majoritários.¹⁹ Também por esta via se consolidava o predomínio da autoridade da razão sobre a vontade do poder. De novo, do império do povo para a autoridade dos sábios. (HESPANHA, 2017, 2239).

É importante destacar que o discurso usado para limitar o direito democrático, restabelecendo o direito criado/descoberto pelos juristas, decorre da equivocada vinculação do positivismo ao:

“mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo) Falou-se então de “totalitarismo da lei”, insinuando que os totalitarismos políticos decorriam, antes de tudo, de uma submissão de todo o direito à lei do Estado. Porventura, a questão estava mal diagnosticada; e também a terapêutica não era necessariamente o combate à legitimidade da lei, ou sequer um combate a travar no plano do direito. Por um lado, a característica principal destes regimes injustos – nazismo, fascismo, estalinismo, franquismo, salazarismo, etc. – não era a idolatria da lei, pois a teoria política que os sustentava, tal como a prática que os mantinha, se baseava antes na existência de ordens jurídicas superiores ao direito do Estado: ou a vontade supralegal do Chefe, ou um direito supra positivo provindo de valores vitais de um povo e do seu Estado ou a organização natural de comunidades anteriores ao Estado, como as famílias, as comunidades ou as empresas. Pelo que a hostilidade à lei, ao princípio da legalidade e aos juristas legalistas, foi um traço comum destas ditaduras. E, assim, o combate mais eficaz a elas não foi feito, por juristas, nos tribunais ou nas escolas, recusando as leis inumanas em nome de princípios. (HESPANHA, 2017, p.,554-677).

Buscou-se no presente capítulo demonstrar a longa relação temporal dos juristas com o exercício do Poder e as formas pelas quais estes buscaram legitimar-se como

¹⁹ A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do antilegalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal - estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo) (HESPANHA, 2016, p. 664-678).

titulares da criação/revelação do direito, evidenciando-se que o adensamento das constituições estatais do pós II Guerra com princípios e valores diversos, teve por objetivo o afastamento da formulação do direito das bases democráticas e sua guarda a uma elite composta por juristas, sob o pretexto de impedir o (re)surgimento de normas abusivas em decorrência do princípio majoritário.

4 CONCLUSÕES

Do que fora exposto resta concluir que a inclusão de valores e objetivos nas constituições do pós II Guerra Mundial trouxe elementos de transformação do paradigma liberal de governo, forçando o engrandecimento dos Estados com vista ao cumprimento destes valores e objetivos.

Trazendo a realidade aspectos notadamente mais restritos do que as teorias pudessem imaginar, os Estados Democráticos de Direito encontraram verdadeiros limites ao cumprimento de tais missões, ora na natural escassez econômica, ora na incapacidade técnica de seus legisladores ou administradores, sem esquecer dos casos em que a maioria formada pós eleições simplesmente não priorizaram ou nem mesmo comungavam dos valores e programas constitucionalmente previstos.

Ora invocando normas programáticas, ora direitos fundamentais, aqueles do povo que foram preteridos pelas escolhas majoritárias ou que simplesmente não tinham seus interesses atendidos encarregaram-se de levar o tema aos tribunais, acusando a omissão/descumprimento constitucional por parte dos poderes eleitos. Estes, embora no início tenham relutado a interferir em assuntos que consideram de alçada dos demais poderes, logo passaram a proferir decisões envolvendo o controle de constitucionalidade das leis em seu aspecto negativo, isto é, visando repelir o tratamento estatal anti isonômico.

Superada esta fase, com a crescente demanda por serviços atribuídos ao Estado e notória incapacidade dos órgãos democráticos de atendê-los na velocidade exigida pelos administrados, o Poder Judiciário passou a determinar a concessão de direitos fundamentais. Tal agir causa preocupação, em especial no âmbito das ações positivas do Estado, vez que o atendimento das demandas sociais se faz naturalmente por meio de políticas públicas, elaboradas com base em critérios técnicos envolvendo a viabilidade econômica, técnica, ambiental, a capacidade de atingir o maior número de administrados e, inclusive, o anseio popular, auferido pela eleição de pessoas que apresentaram determinados projetos de governo.

O Poder Judiciário não dispõe, quer dos instrumentos necessários para a elaboração das políticas públicas, quer para averiguar o grau de benefício ao povo (maior

número de pessoas atingidas com determinada medida). Não só, os tribunais não dispõem de meios efetivos para apurar as prioridades que precisam ser tomadas em dada região em dado tempo, mas principalmente, o Poder Judiciário não está sujeito ao controle popular dos seus atos.

Com efeito, diferente dos órgãos representativos, cuja formação espelha a aprovação popular dos projetos apresentados ou a reprovação do representante quando este falha em cumprir os deveres assumidos, o juiz não sofre qualquer penalidade quando toma decisões baseadas em valores que considera preponderantes sobre outros, ou quando julga adequada a concessão de determinado benefício a um cidadão, ainda que a custa de um efeito proporcionalmente inferior, numericamente falando, quando contraposto à política pública que estava prevista pela administração pública.

Essa falta de *accountability* torna extremamente perigosa a concessão de poderes para que o Poder Judiciário passe a determinar ou priorizar as políticas públicas que deverão ser implementadas. A queda do antigo regime não se deu apenas contra a monarquia, mas também fortemente influenciada pelo desejo de segurança jurídica, muitas vezes solapada pela atuação temerária das cortes de justiça.

A tripartição das funções do Estado teve como principal objetivo o controle do exercício do poder, evitando-se os malefícios vividos quando da concentração do poder nas mãos do príncipe. Eis porque apenas o poder legislativo, representante do povo, estava legitimado a fazer as leis, vedado ao juiz ir além da sua função de ser a boca da lei.

O instituto do Judicial review, nascido nos Estados Unidos no percurso entre a independência dos estados federados e a promulgação da constituição norte americana foi objeto de muito debate entre os federalistas e os antifederalista, sendo criticada fortemente pelo risco de concentração de poder.

Contudo, a prevalência da tese que concedia poderes ao Judiciário para revisar as leis ocorreu com base em aspectos bastante peculiares, em especial o fato do Poder Judiciário ser considerado o mais fraco dos poderes, a quem não se entregava nem as armas, nem o dinheiro. Sintoma da anemia do Poder Judiciário norte americano pode ser facilmente percebida pela inexistência de uma sede própria na capital dos Estados Unidos até a década de 30 do século passado. Coincidentemente, ou não, é a partir de

então que o Poder Judiciário passa a tomar maior relevo naquele país, atuando em questões nitidamente políticas, embora ainda em caráter negativo (proteção econômica da população, vedação ao tratamento anti-isonômico em relação aos negros, etc...)

Não só, e talvez até mais importante do que sua fraqueza, o desejo dos *Founding Fathers* em constituir uma sociedade na qual o Estado não detivesse o poder de interferir na vida privada, nem retroceder nos direitos individuais recentemente conquistados foi fundamental para a aceitação da ingerência contramajoritária. Ora, que mal poderia tal poder fazer em relação ao povo, se a ele só caberia afastar as pretensões do Estado em relação aos seus cidadãos?

Contudo, esta situação altera-se drasticamente completamente com o surgimento do Estado social e a exigência de interferência estatal nos assuntos privados, fato que tem levado a concentração de poderes em um grupo de pessoas escolhidas por uma elite política, pretensamente com base em aspectos técnicos, mas que muitas vezes reflete simples preferências pessoais de julgadores que exercem sua função sem qualquer forma de controle popular.

A peculiar forma política de nosso tempo força diferenciar o *judicial review*, tal como delineado em sua origem, daquele com o qual hoje nos deparamos, para, alertando dos riscos inerentes a crescente acumulação de poderes em órgãos contramajoritários, seja rompida a enviesada naturalização do instituto com fulcro em suas origens democráticas.

Assim, é possível afirmar que a judicialização da política, especialmente das políticas públicas difere completamente do instituto do *judicial review*, tal como formulado no momento da independência dos Estados Unidos da América. Como já exposto, este fora formulado com o objetivo de evitar abusos por parte do Poder Legislativo, especialmente a retirada dos direitos de liberdade recém conquistados e era defendida em razão da fraqueza do Poder Judiciário naquele dado momento histórico, no qual era inimaginável atribuir qualquer função ao Estado, que ultrapassasse a garantia da segurança, liberdade e propriedade de seus membros. Assim, pretender justificar a natureza democrática da judicialização das políticas com fulcro no instituto norte americano caracteriza forte anacronismo, pois deixa de tomar em conta aspectos fundamentais que separam o objeto deste estudo, daquele formulado a mais de duzentos

anos. Com efeito, diferente deste, a judicialização das políticas públicas realizadas nos Estados Constitucionais formados no pós II Guerra implica na concentração de poder em um órgão contramajoritário, que diferentemente daquela época, possui força coativa suficiente para impor o cumprimento de suas ordens e cujas características contramajoritárias levam ao desprestígio da liberdade dos cidadãos, a qual era exatamente o objeto da tutela do *judicial review*.

Por fim, demonstrada a relação dos juristas com o poder, as desconfianças quanto à sua submissão às leis e à tarefa de simplesmente interpretar o direito, somado às revoluções decorrentes deste proceder, tem-se que a judicialização das políticas públicas, tal como praticada contemporaneamente, carece de legitimidade democrática e coloca em risco a liberdade do povo decidir o seu destino enquanto pessoa e os designios de sua nação.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. We the people: 3- the civil rights revolution. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

AGUIAR, Thais Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal. Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/14305/> Acesso em 11 de Julho de 2016

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In. SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. The judicialization of politics in latin américa. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

_____. Direito e política: o Ministério Público e a defasa dos direitos coletivos. Ver. Bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 14, n. 39. Fev. 1999, p. 83. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>

ARAUJO, Roberta Corrêa de. Legitimidade do poder político na democracia contemporânea. Curitiba: Juruá, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais E Segurança Jurídica Fundamentos E Possibilidades Para A Jurisdição Constitucional Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. A legitimidade democrática da Jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação de Mestrado, PUC/PR, 2005.

_____. KOZICKI, Katia. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012 Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03/> Acesso em 10 de julho de 2016.

BARROS, José D'Assunção. Teoria da história, volume I: princípios e conceitos fundamentais. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. Ver. RFD Revista da Faculdade de Direito da UERJ, capa, n. 21. 2012. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> / Acesso em 10 de julho de 2016.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> / Acesso em 11 de Julho de 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). RDA - Revista de Direito Administrativo, n. 240, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 23 de Abril de 2017.

_____. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não, 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim/>. Acesso em 11 de Julho de 2016.

BAUMAN, Zigmund. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Zahar, 2001.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. Dilemas da atuação do Poder Judiciário: Ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

- BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade. 2ª ed. São Paulo. Editora Unesp, 2011.
- _____. Qual Democracia? São Paulo: Editora Loyola, 2014.
- _____. Política e Cultura. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- _____. Direito e poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- BOEIRA, Marcos. Os Riscos da Politização do Judiciário e do Ativismo Judicial, 2013. Disponível em: <http://www.formacaopolitica.com.br/artigos/os-riscos-da-politizacao-do-judiciario-e-do-ativismo-judicial-marcus-boeira/> . Acesso em 03 de fevereiro de 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra editora, 1994.
- CELLA, José Renato. Positivismo jurídico no século xix: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>, 2010. Acesso em 10 de maio de 2018.
- CHOMSKY, Noam. Natureza Humana: justiça vs. Poder: o debate entre Chomsky e Foucault. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do *judicial review*: o mito de Marbury. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115
- COSTA, Pietro. Para que serve a História do Direito? Um humilde elogio da inutilidade, in Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, p. 63-80
- DIAS, Cibele Fernandes. Desafios do controle jurisdicional de constitucionalidade: para um “dharma” da jurisdição constitucional. Cidp.pt .Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08143_08158.pdf. Acesso em 03 de Fevereiro de 2016.
- DODEK, Adan M. Judicial Independence as a Public Policy Instrument. Comparative Research in Law & Political Economy. CLPE RESEARCH PAPER 10/2009. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1125&context=c_lpe/ Acesso em 10 de julho de 2016.
- DYE, Thomas R. Understanding public policy. 15 ed. USA: Pearson Education, 2017.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 21, jun. 2000.
- DWORKIN, Ronald. Direito da liberdade: A leitura Moral da Constituição norte Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The endurance of national constitutions. Cambrigde University Press, 2009.
- FUKUYAMA, Francis. As origens da ordem política: dos tempos pré humanos até a Revolução Francesa. Editora Rocco Digital, 2013.
- GUANDALINI JR., Walter. Cidades invisíveis no império do direito. cautelas de método para a pesquisa jus-historiográfica. Trabalho apresentado no seminário Diálogos

Transdisciplinares sobre Direito, Justiça e Interculturalidade, como parte das atividades da Quarta Missão do Projeto “Direitos, Justiça e Interculturalidade nas Fases de Transição” ocorrida entre 01 e 02 de Dezembro de 2016, na Faculdade de Direito de Brasília.

GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia Deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GONÇALVES, Doacir de Quadros. O estado na teoria política clássica. Curitiba: Intersaberes, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. Revista Sequência, n. 51, p. 31-45, dez-2005.

HABERMAS, Jurgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Revista Lua Nova, n. 36. 1995.

_____. Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade - Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. The federalist papers. Skyros Publishing, 2015.

HART, H. L. A. O Conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco. Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise. Brasília: Editora Unb, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris Editor, 1991

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Caleidoscópio do Antigo Regime. São Paulo: Alameda, 2012

_____. Sacerdotes do Direito, Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista. Coimbra: Kindle, 2017.

HOBESBAWN, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado, Poder Legislativo e Monopólio da Lei no Mundo Contemporâneo. Revista de informação legislativa n. ° 37. Brasília, 1994.

HYRSCHIL, RAN. Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalismo. Massachusetts. Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil. Tradução de Rosina DÁngina. São Paulo: Martin Claret, 2015.

JACOB, Cesar A. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada P. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013. p. 237-284.

JUNIOR, Edil Batista. O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da Hermenêutica constitucional no Brasil. Curitiba: editora Juruá, 2011.

KELSEN, Hans. A Democracia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O que é justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. Public policy: Politics, analysis, and Alternatives. Thousand Oaks: Sage Publications, 2013
- KRAMER, LARRY D. The people themselves: Popular constitucionalismo and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004
- LAZARI, Rafael de, BERNARDI, Renato (orgs.); autores Adolfo Mamoru Nishiyama...[et al.]. Crise constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. O espírito das leis. Tradução de Cristina Muracho, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Ricardo Quartim De. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Revista de Informações Legislativas, n. 51, 2014, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em 10 de junho de 2018.
- MORIN, Edgar. Ciência com Consciência. 8ª ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Ararripe de Sampaio Doria. São Paulo. Bertrand Brasil, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito, São Paulo. WMFmartinsfontes, 2010.
- OLIVEIRA, Fábio Souza. Eficácia positiva das normas programáticas / Positive effects of programmatic norms. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 34-45, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/860/958>>. Acesso em: 17 ago. 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n1p34-45>.
- OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público. Curitiba: Juruá, 2015.
- PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Virgínia K Puppi – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIMENTA, José Marcelo Barreto. Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais. Curitiba: Saraiva, 2016.
- POSNER, Richard A. Para Além do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.
- _____. A Economia da Justiça. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.
- _____. How Judges Think. London: Harvard University Press, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZENDE, Denis Alcides. Planejamento de informações públicas municipais: sistemas de informação e de conhecimento, informática e governo eletrônico integrados aos planejamentos das prefeituras e municípios. Rev. Adm. Pública [online]. 2007, vol.41, n.3, pp. 505-536. ISSN 0034-7612. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122007000300007>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.
- RIBAS, Giovanna Paolo Primor, SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre. Revista Direito, Estado E Sociedade, n. 44, 2014.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para Uma Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SADEK, MT. org. *O judiciário em debate* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 119 p. ISBN: 978-85-7982-034-2. Disponível em SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. A Expansão da jurisdição constitucional pela via difusa: um estudo das experiências de Espanha e Itália. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b4634374f3d21e6/> Acesso em 10 de Julho de 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da razão Indolente*. 5ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.
- _____. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez Editora, 2014.
- SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SANTOS, Rodrigo Victor Dos. Cláusula do não obstante: uma alternativa ao modelo institucional vigente. RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 9, 2013, disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_10285_10313.pdf Acesso em 23 de Abril de 2017.
- SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- _____. *A teoria da democracia revisitada: O debate contemporâneo*. Editora Ática, 1994.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.
- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in latin américa*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.
- SOUZA, André Peixoto. *Estado, poder e jurisdição*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias. nº 16. Junho/dezembro 2006, p. 20-45.
- STRECK, Lenio Luiz. *Cadernos de Direito Constitucional: Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v.42, n.3, p.529-550, junho de 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 de Maio de 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122008000300005>
- TRIBE, Laurence; Matz, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and The Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014.
- VALLE, Vanice Lirio do. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: Até onde nos Podem Levar as Asas de Ícaro. Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL, Coimbra, a.11n.20-21(2011), p.185-210.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014.

_____; et al. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 1997.

_____; BAUMANN, Burgos; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2. 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/> Acesso em 10 de Julho de 2016.

_____. Judicialização da política e ativismo judicial. Disponível em <https://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisdicializacao-da-politica-e-democracia/> Acesso em 10 de julho de 2016.

_____. Não há limites para a patológica judicialização da política. Disponível em Acesso em 12 de julho de 2016. . Ver. Consultor Jurídico. Jan. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica/> Acesso em 12 de Julho de 2016.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the supreme court, and constitutional leadership in U.S history. New Jersey: 2007 (Kindle edition).

WOOD, Gordon S. The creation of the american republic 1776-1787. The University of North Carolina Press (Kindle edition).

S122j Sacoman, Cleiton

Juristocracia: o exercício judicial do poder como
ameaça à democracia / Cleiton Sacoman. – Curitiba,
2018.

93 f.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito. 2. Democracia. 3. Ciência política. 4.
Jurisdição – Brasil. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Célia Regina Pinheiro Vasques - CRB-9/1180

CLEITON SACOMAN

**JURISTOCRACIA: O EXERCÍCIO JUDICIAL DO PODER COMO AMEAÇA À
DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

CURITIBA

2018

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, verdadeiros guias da minha vida a quem dedico todas as minhas vitórias.

À Fernanda, esposa, amiga e companheira de todos os momentos, pelo apoio e carinho ao longo da jornada percorrida para a elaboração desta dissertação.

À minha amada filha Rafaela, pela compreensão com a ausência do pai durante os momentos de estudo e escrita e pelas visitas surpresas, que preenchiam os momentos de solidão com amor e motivação para o prosseguimento dos labores.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador e amigo, Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros, pela competência, sapiência e respeito com que conduziu este processo, até sua síntese, sabendo equalizar cobrança e apoio à continuidade e aprimoramento do trabalho.

Ao Professor Dr. André Peixoto de Souza pela implementação deste programa de mestrado de forma tão intensa e cheia de ideais e pelo auxílio e incentivo do início ao fim desta jornada.

Aos professores Dr. Walter Guandalini Jr e Dr. Eduardo Biacchi Gomes pelas valiosas contribuições na banca de avaliação da dissertação.

Ao Coordenador do PPGD, Prof. Dr. Daniel Ferreira, pelo compromisso em fazer deste Mestrado Acadêmico em Direito um referencial de qualidade de pesquisa e produção científica.

Ao Centro Universitário Internacional – UNINTER, pela concessão da bolsa de mestrado e pelo empenho em tornar seu PPGD uma referência de qualidade e compromisso com o bem estar da sociedade paranaense por meio do fomento à pesquisa.

“Posteridade! Você jamais saberá o quanto custou à atual geração preservar sua liberdade! Eu espero que você faça um bom uso dela.”
(John Adams, Cartas de John Adams endereçadas a sua esposa – Tradução nossa)

Autor: Cleiton Sacoman

Título: Juristocracia. O exercício judicial do poder, como ameaça à democracia

Resumo:

O presente estudo objetiva averiguar se a judicialização da política, fruto das transformações ocorridas no contexto da formação constitucional norte americana e exponencialmente aplicada no ocidente após a II Guerra Mundial, afeta a tripartição dos Poderes e a democracia. A justificativa para tanto reside no fato de que a teoria da tripartição dos poderes, tal como formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada após a ascensão normativa das Cartas Constitucionais, fazendo com que muitas decisões judiciais passassem a abarcar a implementação de Políticas Públicas e atos tipicamente legislativos. Essa atuação *sui generis* do Poder Judiciário relativiza o sistema de freios e contrapesos e gera o temor quanto ao restabelecimento da concentração de Poder de forma antidemocrática, permitindo que poucos membros de uma Corte Constitucional decidam os desígnios da nação de acordo com suas vontades e moralidades. O estudo abordará aspectos teóricos e históricos atinentes ao Estado Democrático de Direito e as transformações que implicaram na instituição do *judicial review* no contexto da formação constitucional norte americana, visando contraporlo à judicialização das políticas públicas calcadas em direitos fundamentais, de forma a identificar aproximações e distanciamentos entre ambos, bem como se tal proceder ameaça a separação dos Poderes e a democracia. A pesquisa tem caráter bibliográfico, e foi elaborada mediante uso de livros, teses, dissertações e artigos científicos.

Palavras chave: Política – c - Democracia

Author: Cleiton Sacoman

Title: Juristocracy. The judicial review as a threat to democracy

Abstract:

The present study aims to investigate whether the judicial review, as a result of the transformations that took place in the context of North American constitutional formation and exponentially applied in the West after World War II, affects the separation of Powers and democracy. The justification for this lies in the fact that the doctrine of the separation of powers, as formulated by Montesquieu in the mid-eighteenth century, has been relativized after the normative rise of Constitutional Letters, causing many judicial decisions to embrace the implementation of Public policies and typically legislative acts. This peculiar act of the judiciary relativizes the system of checks and balances and generates the fear of reestablishing the concentration of power in an undemocratic way, allowing few members of a Constitutional Court to decide the designs of the nation according to their wishes and morals. The study will cover theoretical and historical aspects related to the Democratic State of Law and the transformations that implied in the institution of judicial review in the context of the North American constitutional formation, aiming to counter it to the judicialization of public policies based on fundamental rights, in order to identify approximations and distancing between them, as well as whether such a course threatens the separation of powers and democracy. The research has a bibliographic character, and was elaborated through the use of books, theses, dissertations and scientific articles.

Keywords: Politics - Judiciary – Democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: O Direito e sua História como ciência	13
2. DO LEVIATÃ AO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL	31
2.1 Estado Liberal x Estado Social: Da garantia de liberdade ao papel de agente transformador da realidade social	45
2.2 Da formulação e execução das políticas públicas	51
2.3 soberania popular como fundamento do estado moderno	57
3. JUDICIAL REVIEW: DE VOLTA À CENTRALIZAÇÃO DO PODER?	71
3.1 - Os juristas e o controle do poder: o que nos revela a história?	77
4. CONCLUSÕES	84
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas no direito constitucional desde o pós II Guerra Mundial têm exigido da comunidade jurídica enorme esforço a fim de readaptar os conceitos e a doutrina, à nova realidade constitucional.

A teoria da tripartição dos poderes, tal como formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada, não só pela delegação legislativa ao poder executivo em casos especiais, mas especialmente pela judicialização da política, fenômeno decorrente da constitucionalização do direito, isto é, da ascensão normativa das Cartas Constitucionais após a inclusão dos direitos humanos como núcleo do Estado Democrático.

Ao presente estudo interessa este segundo fenômeno, que tem causado acaloradas discussões, inclusive entre os Poderes constituídos, face ao crescente exercício do Poder Político pelo Poder Judiciário, que tem assumido “a última palavra” em temas que tradicionalmente eram afetos aos Poderes Legislativo e Executivo.

O espectro decisional passou a abarcar a implementação de Políticas Públicas e até mesmo atos tipicamente legislativos, *ex vi* dos inúmeros precedentes em que a Corte Suprema utilizou-se de dados estatísticos e de supostas consequências, futuras e incertas, da aplicação ou negação da norma objeto da demanda, atividade de evidente política legislativa (STRECK, 2015, p. 9).

Essa atuação *sui generis* do Poder Judiciário, ao passo que o fez alcançar maior importância no cenário político, gerou o temor de que a relativização dos sistemas de freios e contrapesos acabe por restabelecer a concentração de Poder de forma antidemocrática, permitindo que poucos membros de uma Corte Constitucional decidam os desígnios da nação de acordo com suas respectivas vontades e moralidades. Este tipo de governo a doutrina tem denominado de “juristocracia”¹ e é com esse significado que o termo será expresso no presente estudo. (HURSCHIL, 2007, p.1)

¹ O termo juristocracia é utilizado por HURSCHIL para retratar o fenômeno mundial de transferência de imensa quantidade de poder de órgãos representativos para o poder judiciário, exponencialmente elevado após a promulgação ou revisão de constituições desde o pós-segunda guerra e da redemocratização na América Latina.

Esse caráter contramajoritário² das Cortes Constitucionais, embora não seja o único, é o ponto principal das teorias críticas da Judicialização da Política, que apontam a carência de legitimidade democrática dos juízes para decidir sobre a constitucionalidade das leis e especialmente sobre a escolha de políticas públicas. Ainda quando aceita a tese de que os juízes podem “desenvolver” as leis, resta o questionamento acerca dos critérios para definir de que forma dar-se-ia o desenvolvimento “adequado” (BARBOZA, 2012, p. 98)

É importante destacar que esse fenômeno, originado nos Estados Unidos há mais de dois séculos, tem se espalhado por vários países, especialmente após a alteração das Constituições da Europa Ocidental no pós II Guerra e de países Latino Americanos após a redemocratização. (STRECK, 2015, p. 4)

O presente estudo pretende investigar se o que se pratica atualmente sob a denominação de *judicial review* representa o mesmo instituto criado no contexto da formação da constituição federal norte americana. De igual forma, buscar-se-á compreender os motivos determinantes e os objetivos da criação do *judicial review*, a forma como este instituto foi incorporado às modernas constituições sociais e de que forma isso afeta ou pode afetar a escolha das políticas públicas a serem postas em prática, tomando especial atenção a existência de em um Estado Democrático;

No Brasil, decorridos quase trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se processo inflacionário de julgamentos fundados nas teorias constitucionalistas, muitos deles proferidos sem qualquer preocupação com o sistema legal ou com o orçamento público, baseados exclusivamente em critérios e impressões pessoais dos julgadores, traduzindo-se em perigosos precedentes à democracia e até mesmo à República, já que impõem gastos sem previsão orçamentária.

² Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, constitui-se igualmente como um necessário mecanismo de contenção do poder das maiorias. É que se denomina, pois, de contramajoritarismo. Talvez na existência de uma regra contramajoritária é que resida o grande dilema da democracia naquilo que ela finca raízes históricas no direito (constitucional) e com ele guarda um profundo débito. É neste ponto, aliás, que Laurence Tribe começa seu influente tratado sobre direito constitucional, procurando enfrentar esse dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional: em sua forma mais básica, a pergunta é por que uma nação que fundamenta a legalidade sobre o consentimento dos governados decidiria constituir sua vida política mediante um compromisso com um pacto/acordo original estruturado deliberadamente para dificultar mudanças. (STRECK, 2006, p. 19)

A resistência ao modelo atual redundou na PEC nº 3/2011, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, pela qual se pretende conceder ao Poder Legislativo, a faculdade de sustar os atos decisórios do Poder Judiciário que acabem por criar nova norma em decorrência da interpretação do sistema jurídico, de maneira similar a denominada cláusula do “notwithstanding”, prevista na carta de direitos e liberdades do Canada. Tal mecanismo confere a possibilidade ao parlamento e às assembleias provinciais de relativizar, de maneira temporária e excepcional, a aplicação de decisões judiciais que possam afastar a aplicação da legislação infraconstitucional sob o fundamento de incongruência com as garantias constitucionalmente previstas. (SANTOS, 2013, p.10.288)

A primeira hipótese que se busca comprovar é a de que o controle das questões constitucionais, tal como vislumbrado com o surgimento do *judicial review*, na formação constitucional Norte Americana, foi moldado com fulcro nos ideais liberais então vigentes, com vistas a garantir os direitos de liberdade daquele Povo e na limitação do Poder do Estado, não afetando a democracia ou a separação dos poderes, vez que utilizado de forma a afastar a atuação do Estado na vida privada.

A segunda hipótese a ser comprovada é a de que a adoção do *Judicial Review* no contexto das Constituições Sociais traz elevado risco à democracia, por implicar na transferência, ao judiciário, do poder de criar e determinar a execução de políticas públicas, sob o fundamento de que as ordens constitucionais do pós guerra impõem deveres ativos ao Estado, vinculando-o a determinadas ações, independentemente da vontade política prevalente e da existência de recursos para atender a todas estas demandas constitucionais.

O estudo proposto, portanto, encontra plena aderência à linha de pesquisa, História, Poder e Jurisdição, visto que a contraposição da judicialização da política ao princípio democrático exige que sejam tratados os aspectos teóricos e históricos atinentes à formação e transformação pela qual passaram o Estado moderno e o chamado *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o qual se pode sintetizar como limitação do exercício do Poder dos representantes democraticamente eleitos.

O capítulo 1 visa expor os critérios científicos que nortearam o presente estudo e dotar o leitor das ferramentas necessárias à plena compreensão de fenômenos históricos, costumeiramente ignoradas nos estudos dos institutos jurídicos.

No capítulo 2, por sua vez, tem por objetivo demonstrar a grande concentração de poder quando do surgimento do Estado Moderno, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático, bem como a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo. Visa, ainda, demonstrar que a tripartição das funções estatais garante maior transparência em relação ao funcionamento do Estado, amplificando o poder do povo e controlando o uso do poder por aqueles que ocupam cargos públicos eletivos ou não.

Na seção 2.1, objetivar-se-á demonstrar que a busca por segurança (física e patrimonial) tiveram papel fundamental na formação do Estado Moderno, o qual foi incumbido de promovê-la com afetação mínima da liberdade individual, bem como a transformação do papel do Estado ao longo do tempo, com a assunção de tarefas outras, tais como a criação de infraestrutura, o estabelecimento de políticas públicas de saúde, educação e previdenciárias.

A seção 2.2 trata das etapas inerentes à formulação e implementação de políticas públicas, tendo por objetivo fomentar a percepção de que tais atividades só podem alcançar os resultados desejados quando elaboradas por órgãos majoritários, sujeitos à avaliação periódica por parte da população, o que implica reconhecer a ineficiência de sua prática pelo Poder Judiciário.

Encerrando o segundo capítulo, a seção 2.3 busca-se demonstrar que a soberania popular sedimentou-se como fundamento do Estado Moderno, sendo indiscutível caber ao “povo” a escolha das intervenções que o Estado fará na e em prol da sociedade, resguardadas as garantias individuais, especialmente às de liberdade e igualdade.

Como os contornos elásticos do *judicial review* possibilitam que a vontade popular seja solapada pela vontade do julgador, sendo isso uma preocupação constante de grande parte da doutrina que se dedica ao estudo deste instituto jurídico, a qual aponta que a ausência de parâmetros legais ao exercício do *judicial review* leva ao desprestígio da lei em favor de princípios nitidamente moldados às impressões pessoais do julgador,

ocasionando tensão entre os Poderes, aumento dos gastos estatais sem previsão orçamentária e, em muitos casos, criando uma classe de “cidadão diferenciado”, visto que essa atuação jurisdicional tem sido largamente praticada em demandas individuais, que não geram efeitos *erga omnes*, ampliando o abismo social entre aqueles que possuem e os que não possuem acesso ao Poder Judiciário.

O capítulo 3 é dedicado a apuração deste risco à democracia e, para tanto, contrapõe a judicialização da política praticada contemporaneamente, especialmente no que se refere a determinação de implementação de políticas públicas calcadas em direitos fundamentais, de forma a identificar aproximações e distanciamentos em relação ao instituto do *judicial review*, tal como formulado em sua origem, no contexto da formação constitucional norte americana, bem como as implicações em relação à separação dos Poderes e à democracia.

Ainda com vistas a apurar o risco de afetação democrática, traz-se na seção 3.1 uma análise histórica acerca do comportamento dos juristas em relação ao exercício do poder, pela qual se busca demonstrar que esta classe de profissionais há muitos séculos busca estabelecer-se como uma elite intelectual a quem é resguardado o poder de dizer o que é o direito, em suma, o direito de exercer o poder.

Em resumo, o presente estudo pretende demonstrar que a democracia se constitui como o fator de estabilidade do Estado Contemporâneo, permitindo a alternância no exercício do poder, o respeito às minorias e a real possibilidade de direcionamento e controle do sucesso das políticas públicas ao submeter os agentes políticos, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo à aprovação de desempenho por meio de eleições regulares.

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: Tratando o Direito e sua História como Ciência

Antes de entrar propriamente no tema objeto do presente estudo, faz-se necessária a exposição dos aspectos metodológicos aptos à compreensão das premissas que o embasam. De fato, um trabalho que busque a alcunha de científico não pode resumir-se a mero discurso, carecendo de um método capaz de demarcar seu objeto e as circunstâncias que o afetam, de forma a permitir a contestação de suas conclusões pela comunidade científica.

O que se busca, neste aspecto, é dotar o leitor das ferramentas necessárias à identificação do instituto do *judicial review* em seu contexto histórico, para que se possa compreender os motivos pelos quais o povo norte americano desejou implementar uma medida que possibilitasse ao judiciário conter a atuação do poder legislativo. Só a partir do real entendimento do instituto originário é que se poderá contrapô-lo à judicialização das políticas públicas praticadas no presente, sob pena de naturalizá-lo à visão do interprete, preso às lentes do presente.

O presente capítulo visa destacar ao leitor que apesar da pretensão de afastamento entre sujeito e objeto, tanto o cientista do direito, quanto os juízes possuem *imprintings* e *themas* que os direcionam na análise e conclusões acerca da validade e aplicabilidade das normas legais. Assim, torna-se indispensável a fixação de nítidos critérios de verificabilidade dos processos interpretativos, sob pena de inovações normativas serem implementadas pelos tribunais, dissimuladamente, sob a alcunha de interpretação.

O controle científico proposto toma maior relevo quando a interpretação do direito puder conduzir a aceitação de que o Poder Judiciário está legitimado a determinar a execução de uma determinada política pública ou ao atendimento de algum direito subjetivo que deveria ser atendido por meio de política pública.

A cientificidade do direito tem sido sistematicamente questionada por aqueles que, ainda nos tempos presentes pretendem aplicar às ciências sociais, os mesmos métodos usados às ciências naturais. Contudo, tratando-se de objetos totalmente diversos, resta impossível o exercício de tal pretensão, forçando ao cientista do direito a desenvolver

métodos capazes de identificar a realidade, diante das técnicas e ferramentas tecnológicas das quais dispõe num dado momento.

A ciência moderna caracteriza-se pela separação entre senso comum e saber científico, negando a existência de qualquer espécie de conhecimento que não siga seus pressupostos epistemológicos. É possível afirmar que “... a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da nossa experiência imediata. Tais evidências, que estão na base do conhecimento vulgar, são ilusórias.” (SANTOS, 2005, p. 60-62)

A partir do século XVIII esse tipo de pensamento teve influência sobre todos os ramos da ciência, inclusive sobre as sociais, e apesar das grandes diferenças com as ciências naturais, passou-se a aplicar os pressupostos epistemológicos desta com base na apuração de fatores externos, observáveis e mensuráveis, excluindo-se todo e qualquer aspecto subjetivo da análise. No campo do direito, tal sistema resultou no positivismo oitocentista. (SANTOS, 2005, P. 65-66).

O positivismo surgiu como resposta à insegurança jurídica presente no direito continental europeu anteriormente ao século XVIII. Isso porque tal direito era composto de um conjunto de normas decorrentes dos costumes e, ainda quando oriunda de algumas poucas leis escritas, variava arbitrariamente de acordo com os desejos dos príncipes ou dos senhores de cada condado, inexistindo qualquer racionalidade.

KELSEN (1999, p. 50-72) , inspirado na “dureza” das ciências da natureza, sustentou não ser função da ciência do direito averiguar as consequências da aplicação da lei e que o uso de critérios subjetivos ou de dados oriundos de outras disciplinas desnaturaria seu caráter científico, de forma que a ciência do direito deveria extrair o significado da legislação pela simples interpretação normativa, sem modificação de seu conteúdo e recusando qualquer aspecto valorativo atinente ao cientista, mero observador dos fatos.

Nota-se que para o positivismo o importante era criar um método apto ao controle do direito, de forma a gerar certeza sobre sua aplicação, retirando a insegurança decorrente das subjetivas interpretações efetuadas no antigo regime.

Carlos Santiago Nino critica a inclusão da ciência jurídica ao lado das ciências naturais, aduzindo que isto visou, primordialmente, “... atrair para a atividade dos juristas o halo de prestígio e aprovação que cerca qualquer atividade que pode ser designada

com a palavra ‘ciência’.” Contudo, para este autor, a importância da jurisprudência deve ser deduzida das necessidades sociais que deve satisfazer, indicando “a conveniência de que a tarefa de propor modelos de ciência jurídica seja precedida de uma investigação das funções, métodos e pressupostos da atividade desenvolvida efetivamente pelos juristas”, de forma a identificar se o método sugerido satisfaz mais eficientemente essas mesmas funções, métodos e pressupostos (NINO, 2010, p. 376).

De se notar que a corrente jusnaturalista, em sua vertente racionalista, buscou sistematizar o direito por meio da defesa de um “pretense” direito universal, fundado na razão humana, ao qual “[...] corresponde a um ideal de justiça superior aos comandos das leis positivas”, capaz de ser aplicado a todos os homens porque baseado na razão. Os jusracionalistas construíram sistemas jurídicos que objetivavam ser completos, coerentes e precisos “[...] análogos aos que constituíam os sistemas axiomáticos da geometria, cuja base fosse integrada por certos princípios evidentes por si mesmos para a razão humana. Daqueles princípios se deduziriam normas para todos os casos juridicamente relevantes [...]” (NINO, 2010, p. 380)

O jusnaturalismo influencia o direito até os dias atuais, sendo comum a defesa da existência de um direito universal mínimo, composto por direitos que não podem ser negados a qualquer ser humano, prevalecendo como um direito pré-constitucional e que, portanto, não poderia ser negado nem mesmo pela ordem constitucional. (HESPANHA, 2017)

Embora pareça contraditório, já que o racionalismo centrou suas forças no direito positivo, as críticas efetuadas pelos racionalistas diretamente influenciaram o movimento de codificação ocorrido a partir do século XVIII. A codificação, afinal, atendeu vários dos anseios desse grupo de juristas, pois os códigos eram: 1) sistematizados e bastante completos, acabando com a confusão de leis até então existentes; 2) possuíam um grau de compreensão bastante elevado, especialmente comparado com a legislação que substituiu; 3) possuíam origem verificável, ao passo que oriundas de uma autoridade constituída e, finalmente, 4) possuíam justificação axiológica. (NINO, 2010, p.382-383)

Consequência da nova sistemática implementada com os códigos, a doutrina passou a ter um papel muito reduzido no âmbito do direito, posto que, ante a certeza e

completude destes, não mais se faziam necessárias as construções doutrinárias, que muitas vezes acabavam por criar direito e não simplesmente interpretá-lo.

É nesse contexto que surge a *escola da exegese* na França, a qual defendia que somente a lei era fonte do direito e, somente a vontade do legislador poderia ser utilizada para interpretá-lo. Esta escola tem origem na desconfiança que os revolucionários, tinham em relação aos juristas, vistos como uma categoria de parasitas.

Cronologicamente, surge a escola da *jurisprudência de conceitos*, também baseada na legitimidade do direito legislado, mas com características que passaram a influenciar a ciência do direito. Sobre as características dessa escola, destaca-se a lição de NINO (2010, p. 382):

1. Adesão ao direito legislado como fonte quase exclusiva do direito;
2. Suposição de que o direito legislado é preciso, completo e coerente;
3. Adoção do método chamado “de construção”, que consiste na combinação de certos conceitos jurídicos fundamentais, mediante os quais podem ser encontradas regras contidas de modo implícito no direito legislado;
4. Limitação da tarefa do juiz a uma atividade puramente cognoscitiva, dispensando avaliações das consequências práticas de suas decisões, as quais devem ser inferidas, de maneira mecânica, das regras obtidas no direito legislado, pelo método de construção.

Essa sistemática funcionou adequadamente no início, pois como já exposto anteriormente, os códigos receberam grande parte dos ideais formais e axiológicos defendidos pelos filósofos jurídicos e dos ideais iluministas. Todavia, com as alterações legislativas nem sempre decorrendo de aspectos lógicos, houve uma ruptura entre os ideais dos filósofos e a lei escrita, que afastou a dogmática da aceitação valorativa da norma ou de suas qualidades lógicas, para que se ocupasse exclusivamente do reconhecimento da autoridade legiferante.

Contudo, a necessidade de um sistema jurídico coeso e racional, exige uma forma de interpretação que se atente a tal objetivo sem implicar na alteração da lei escrita e é

neste aspecto que a dogmática jurídica cumpre sua mais importante missão. (NINO, 2010, p. 383-384)

Nota-se, novamente, grande preocupação com a manutenção da raiz democrática do direito, negando-se a faculdade de juízes e tribunais atuarem discricionariamente, ou como era comum no antigo regime, “moldarem a lei” a interesses pouco sindicáveis. A interpretação do direito não pode distanciar-se da lei democraticamente elaborada e para tal mister a dogmática utiliza-se da presunção do legislador racional, único, imperecível, integralmente consciente, onisciente, sempre operante, justo, coerente, preciso e onicompreensivo. Ao assim proceder, a interpretação da lei tende a “selecionar” as normas de forma que naturalmente se apliquem aquelas mais amoldadas à moral e à política vigentes num dado local, num dado tempo. Nas palavras de Carlos Santiago Nino:

[...] pressupondo a racionalidade do legislador, os juristas dogmáticos podem atribuir-lhe as soluções por eles para adequar o direito a certos *standards* axiológicos vigentes, preencher suas lacunas, eliminar suas contradições, tornar precisos seus termos vagos, prescindir das normas supérfluas etc., sem que apareçam como uma modificação da ordem jurídica positiva, mas como se fossem uma descrição do direito vigente, tal como genuinamente deve ter sido pensado pelo legislador. Essa técnica, sem dúvida não é empregada de forma cínica, ou especulativa pelos juristas, mas sim na maioria dos casos, como honestidade científica, obedecendo a hábitos teóricos herdados por tradição e cujos resultados soam como satisfatórios ao permitir compatibilizar o desejo de segurança jurídica com o de adequação da ordem jurídica a padrões de racionalidade e de justiça. (NINO, 2010, p. 386-387)

Com efeito, a dogmática jurídica também defende a sistematização do direito, substituindo um dado número de normas que tratam de temas similares pela elaboração de uma única norma, mais abrangente e aplicável a todas as situações tratadas nas normas substituídas. Essas normas gerais são denominadas de princípios. (NINO, 2010, p. 392) Ao assim proceder, a dogmática traz ao direito como um todo, o caráter de generalidade tão caro à validade da lei.

A dogmática costuma fazer uso da linguagem como forma de amoldar determinadas situações em um conjunto normativo inicialmente não previsto à sua tutela. Isso ocorre por meio da perquirição e atribuição da natureza jurídica dos institutos, cuja principal função é dar lógica ao sistema jurídico, “encaixando” várias situações em um marco legal de maior extensão sem ter que recorrer à analogia. (NINO, 2010, p. 395-397).

A possibilidade dos aspectos pessoais do interprete influírem na escolha das normas e soluções aplicáveis é válida, mas não incompatibiliza a dogmática jurídica com o direito democraticamente produzido, pois da técnica da sistematização decorrem as teorias jurídicas, elaboradas com o propósito de explicar uma gama de normas que integram um determinado código/direito. Elas possuem natureza normativa, eis que derivadas da lei e a ela visam explicar, mas são destinadas a descrever determinado aspecto da realidade social ou a própria ontologia de uma instituição ou conceito. É do caráter descritivo das teorias que se abstrai que as soluções por elas propostas são efetivadas de acordo com o critério de verdade e falsidade. (NINO, 2010, p. 393-395)

Todavia, é crescente o questionamento sobre os pressupostos e métodos de justificação da dogmática, apontando-se a incoerência entre a pretensão de descrever o direito de maneira axiologicamente neutra, em contraposição à reelaboração do sistema jurídico, feita de acordo com os mecanismos já expostos.

Esta crítica torna-se válida se a interpretação/sistematização do direito for executada de forma velada, não permitindo aferir as alternativas passíveis de consideração no processo de interpretação das normas, dificultando o confronto das conclusões do interprete.

Todavia, se feita de maneira transparente, expondo-se as ponderações efetuadas, a dogmática contribuirá para a reformulação do sistema jurídico, vez que ao executar esse papel articulará os diversos princípios orientadores das soluções aplicadas, permitindo o amplo debate acerca de tais valores e, conseqüentemente, auxiliando na formulação de um sistema realmente coerente. (NINO, 2010, p. 400)

Embora muitos juristas sustentem que a dogmática deveria limitar-se à função de descrever e sistematizar o direito, passível de ser verificada por meios objetivos e valorativamente neutros, não existem “... razões importantes – exceto preconceitos contra toda tarefa teórica que não se adapte a cânones de ‘cientificidade’ – que justifiquem esse abandono da função latente que a dogmática satisfaz.” (NINO, 2010, p. 400-401)

Conjugando-se as propostas de MORIN e NINO, ter-se-á um sistema de interpretação baseado na Lei e, portanto, com direta observância do princípio democrático, capaz de apontar as diversas soluções possíveis em razão da polissemia

inerente às leis, permitindo um diálogo transparente com os órgãos majoritários, de forma a fomentar as alterações socialmente desejáveis.

Partindo-se do conceito de falibilismo³, não há motivos para defender a tese de que a ciência jurídica deve se abster de identificar problemas na elaboração/aplicação da lei e de propor soluções a esses problemas com base em aspectos externos a norma.

Afinal, uma vez assumida a função de reformador do sistema, claramente expostas todas as interpretações cabíveis a um determinado enunciado jurídico e os motivos que ensejam a aplicação de uma solução em detrimento das demais possíveis, estar-se-á dando pleno cumprimento aos postulados metodológicos exigidos pela ciência, apresentando-se uma solução objetiva e sujeita a verificação.

Sobre a objetividade, MORIN leciona ser:

[...] o resultado de um processo crítico desenvolvido por uma comunidade/sociedade científica num jogo em que ela assume plenamente as regras. Ela é produzida por um consenso, porque qualquer um que reflita sobre a objetividade pode dizer: "O que nos faz ver que alguma coisa é objetiva? Bom Na verdade, é um consenso de pesquisadores e, como diz Popper, a objetividade dos enunciados científicos reside no fato de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a testes... Se a objetividade se baseia numa dinâmica complexa, então efetivamente, vocês podem compreender uma coisa importante na qual Popper insistiu muito: se a objetividade científica fosse fundamentada na imparcialidade ou na objetividade o sábio, individualmente, então deveríamos desistir dela. (MORIN, p. 42)

O que se propõe com a utilização da dogmática para fins de revelação das possíveis interpretações de uma norma é a formalização de um discurso capaz de ser contestado ou afirmado por todos os interessados na definição do conteúdo das normas jurídicas, de forma que esta tarefa não fique restrita ao Poder Judiciário, tão comprometido com interesses particulares e de classe, quanto qualquer interprete.

É interessante observar que a ciência moderna, por vezes tenta esconder a realidade ao sustentar que o comportamento imparcial do cientista decorre da frieza do laboratório e da verificabilidade a que seus estudos são postos diante da comunidade científica. Ora, o cientista não é um ser livre de *imprintings*, sendo muitas vezes movidos por *themas*, isto é, por uma preconcepção sem base científica verificável. (MORIN, p. 44) O discurso de neutralidade também é costumeira evocado por juízes e pelos

³ O falibilismo pode ser sintetizado como a característica que detém a ciência de ser auto testável e superável em suas conclusões, aceita-se como verdade provisória ou nos moldes tratados por Edgar Morin, 'biodegradável'. (MORIN, p.39)

defensores do *judicial review*, ao pretender colocar os magistrados em um patamar de isenção moral inalcançável ao ser humano isoladamente ou em pequenos grupos, especialmente quando se trata da escolha de políticas públicas. O consenso sobre qual ou quais políticas públicas são prioritárias só pode decorrer da manifestação da maioria, dado o caráter de máximo aproveitamento que delas se espera.

Reconhecer que os valores não estão totalmente ausentes no procedimento científico, força concluir que também não estarão ausentes dos julgamentos oriundos dos tribunais, motivo suficiente para negar a tese de que estes seriam mais capacitados para suplantar a vontade majoritária na escolha da realização das políticas públicas, dado a seu afastamento da causa.

Ainda que se pudesse afirmar uma ordenação lógica e preferencial de políticas públicas, isto é, que estas não estivessem sujeitas à discricionariedade dos eleitos, resguardados os casos em que a constituição determine investimento mínimo, não há qualquer motivo para pretender que a definição desta “ordem” seja atribuída ao Poder Judiciário, pois:

[...] os teóricos do direito estão, em vários sentidos, em melhores condições que os juízes para explorar problemas de fundamentação axiológica de soluções jurídicas. Enquanto uma sentença judicial não pode se estender em especulações filosóficas sobre possíveis justificações dos princípios morais e políticos que - por intermédio ou não de uma norma jurídica - determinam a decisão do caso, os juristas acadêmicos não são compelidos pela necessidade de resolver o caso presente e podem deter-se a analisar diferentes justificações dos princípios relevantes, explorando suas consequências em distintas situações reais ou hipotéticas. (NINO, 2010, p. 401)

Não seria lógico, portanto, considerar válida uma solução jurídica decorrente de uma ação valorativa praticada no âmbito da jurisprudência, apenas porque foi posteriormente descrita pela dogmática, ao mesmo tempo em que se sustenta a vedação de tal ação valorativa por parte dos juristas.

Cabe aos juristas, portanto, livres das amarras do caso concreto e no exercício da filosofia política, identificar todas as interpretações possíveis de um dado regramento, e considerando as consequências advindas de cada uma delas, fomentar o debate e auxiliar no esclarecimento da matéria, atraindo a participação popular para as discussões e votações democraticamente aptas a refletir o interesse geral dos representados.

Assim, se faz necessário relativizar os rígidos procedimentos metodológicos destinados às ciências naturais, permitindo-se a utilização de dados oriundos da economia, da sociologia e da filosofia política, para que mediante um debate aberto se possa identificar o direito apto a cumprir os objetivos que a sociedade dele espera. Contudo, como tal tarefa exige *inputs*, não deverá ser levada a cabo por um órgão contramajoritário e insindicável como o Poder Judiciário, imune às pressões da sociedade, dada a vitaliciedade e o caráter inamovível do cargo.

Ademais, a fluidez da sociedade contemporânea não permite que a judicialização das políticas públicas preste uma adequada função aos jurisdicionados. Poderá ela trazer alento a um indivíduo ou a um grupo de litigantes, mas jamais será capaz de atender o interesse geral, dado que o Poder Judiciário não é estruturado, nem destinado, a captar e mensurar os interesses que decorrem do que Zygmunt Bauman classificou como “sociedade líquida”, isto é, de uma sociedade altamente contrastante e em contínua e rápida transformação.⁴

A proposta de NINO será utilizada por este estudo como mecanismo que permite à ciência jurídica contribuir para a solução dos impasses decorrentes da aplicação do direito, sem que se substitua o povo como único legitimado para a formulação das leis a que se sujeita. Essa proposta aplica-se com resultados ainda mais vantajosos quando se trata da implementação de políticas públicas, pois traz à discussão das prioridades da nação, mantendo “vivas” as propostas feitas no período eleitoral, levando ao constante diálogo entre as instituições e o povo.

Decorrência dessa multiplicidade cultural e da escassez econômica, a ciência do direito assume grande relevo para a divisão das funções públicas e para a manutenção do Poder popular, afastando qualquer possibilidade de manutenção do poder por uma elite.

⁴[...] os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não ficam espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la, assim, para eles o que importa é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo, ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas. (BAUMAN, 2015, p.2)

Outrossim, como a comparação que se pretende fazer neste estudo baseia-se em instituto formado há mais de dois séculos, também se faz importante destacar os aspectos metodológicos aplicáveis ao estudo da história, vez que o historiador não está livre para criar uma narrativa a partir de suas preferências, mas seu papel não se resume a simples identificação da lei vigente em um dado tempo e local.

Neste ponto, buscar-se-á dotar o leitor das ferramentas necessárias à percepção das características e funções próprias do *judicial review* no momento de sua formulação e, assim, identificar os fatores que o distanciam da revisão judicial que vem sendo praticada contemporaneamente pelos poderes judiciários ao redor do globo. Visa, dentre outros objetivos, evitar o anacronismo, isto é o “uso acrítico, para uma determinada situação histórica, de um conceito que somente se ajusta bem à análise de outra época”. (BARROS, 2013)

Apesar de ser disciplina tradicional das faculdades de direito, a história do direito tem sido relegada a um papel secundário na formação dos juristas. Isso decorre, em muito, pela ausência de uma justificativa clara para sua presença curricular ao longo do tempo ou do frágil nexos existente entre o historiador e o operador do direito, de formação tecnicista, em muito influenciada pelo positivismo jurídico. (GROSSI, 2005, p. 32)

Já foi destacado que esta escola filosófica do direito se caracteriza pela substituição da diversidade de normas existentes no antigo regime, pela redução a uma única fonte do direito - a lei – e que a atividade do jurista a partir de então limitou-se a interpretação de um texto legal do qual ele sequer participou da elaboração. (GROSSI, 2005, p. 33)

Apesar do mérito de fazer com que a “velha e caótica ordem jurídica” se dirigisse “a um sistema claro e simples”, sempre esteve presente o risco de arbitrariedade legislativa, vez que a produção das leis poderia decorrer de fatores outros que não a “consciência social em mutação”, havendo risco de “cisão entre dimensão jurídica e civilização, dimensão jurídica e cultura em curso, normas formais e fatos vitais.” (GROSSI, 2005, p. 33).

Consequência da sistemática implementada com os códigos, a doutrina passou a ter um papel muito reduzido no âmbito do direito, pois ante a “certeza” e “completude”

dos novos códigos, não mais se faziam necessárias as construções doutrinárias, muitas vezes acusadas de criar direito e não simplesmente interpretá-lo.

É somente no transcorrer do último século que a ciência jurídica passa a se dedicar ao pluralismo jurídico, que subsistiu o monopólio da lei, a despeito da constante tentativa do Estado em impedir tal mudança. O direito, então, abandona o monismo e volta a ser percebido em sua complexidade, em sua aplicação axiológica e diretamente ligada aos sujeitos de normas e princípios aplicáveis numa dada civilização. (GROSSI, 2005, p. 35)

Diante dessa mudança de quadro, se pode facilmente reconhecer a importância da história do direito à formação do jurista contemporâneo, que necessita visitar seus antepassados em busca de legitimação das normas, princípios e institutos pretensamente aplicáveis ao seu presente, escancarar as hipóteses. De igual forma, ele deverá ser capaz de questionar a legitimidade da lei com base em fatores outros que sua fonte produtora.

A história do direito assume, então, a função de “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo”. (HESPANHA, 2012, p. 13), ou, como leciona Paolo Grossi, a tarefa de religar o direito à civilização, viabilizando a crítica do legislador e das leis, “com impulso consequente de um processo que, sem prejuízo ao devido respeito à regra legal, conduz a uma saudável desmitificação”, para perquirir a razoabilidade da lei ou o ‘abuso do legislador’ (GROSSI, 2005, p. 35)

Contudo, para que essa “viagem” no tempo surta os efeitos esperados, o jurista precisará tomar certos cuidados metodológicos, valer-se de ferramentas apropriadas para identificar o direito passado em sua plenitude, não limitando sua busca à leitura das leis ou das decisões judiciais da época pesquisada ou às lentes redutoras dos institutos do presente. O risco, conforme António Manuel Hespanha nos adverte é de que sem afinar “adequadamente a sua metodologia, a história jurídica pode sustentar - e tem sustentado – diferentes discursos sobre o direito.” (HESPANHA, 2012, p. 14)

O “historiador” deverá combinar as lentes de jurista àsquelas do historiador, mantendo a consciência de que “a história, mais do que descrever, cria e que, portanto,

aquilo que crê encontrar como “alma de um povo”, na verdade é ele – com as suas crenças e preconceitos – que o lá põe.” (HESPANHA, 2012, p. 16)

A história se resume a mero gênero literário, mas, uma vez que o sujeito (historiador) toma contato com o objeto (passado), o enxerga de acordo com os conhecimentos e *imprintings* que carrega consigo. Trata-se de uma limitação natural já reconhecida pelos mais variados ramos da ciência.

É em vista desta dificuldade que se justifica este capítulo. Pretende-se, com ele, demonstrar que a análise da formação do *judicial review* deve observar as características da sociedade em que o mesmo foi elaborado, sob pena de ignorar os objetivos a ele atribuídos por aquela sociedade. O que buscavam os norte americanos, durante os anos que precederam a promulgação de sua constituição? Por quê a nova ordem constitucional, baseada fundamentalmente na liberdade de seu povo, outorgaria tamanhos poderes a um órgão contramajoritário? Essa resposta será dada no capítulo 3, ao se tratar do receio de que os novos legisladores suprimissem os direitos e liberdades recém conquistados.

Embora não se possa atestar a verdade unívoca de fatos, institutos jurídicos ou leis do passado por meio da historiografia, vez que esta “não trabalha diretamente com a realidade”, passando necessariamente pelo “filtro obrigatório dos textos, dos discursos, dos sinais” com os quais trabalha, mas é possível construir um raciocínio lógico, fundado em elementos de prova que sustentem a narrativa efetuada e encontrem consenso na comunidade científica. (COSTA, 2010, p. 75)

A assunção de ações valorativas, portanto, não é algo totalmente ausente no procedimento científico, ao menos se considerarmos os motivos que determinaram a elaboração do estudo que posteriormente se realiza sob bases metodológicas. Não poderia ser diferente com o estudo da história e o pesquisador que quiser elaborar uma boa investigação, deverá lembrar-se sempre dessa limitação e tentar afastá-la ao máximo, sob pena de sempre ver refletida sua própria imagem.

O historiador profissional transforma o estudo da história do direito, impondo métodos e utilizando-se de paradigmas diversos para a análise dos fatos de interesse do direito. Sua busca diferencia-se daquela elaborada pelo jurista, como muito bem exposto por Pietro Costa, ao destacar que:

Aquilo que torna problemática a relação entre a história jurídica e o saber fazer do jurista é um elemento de importância determinante: o elemento do tempo, a relação diferente que o historiador e o jurista mantêm com a dimensão da temporalidade. O historiador, portanto, também o historiador do direito, é um especialista do passado. Quaisquer que sejam os níveis da experiência jurídica a cada momento analisados (a praxe ou a teoria; a esfera pública ou a esfera privada; as normas ou os contratos etc.), quaisquer que sejam os contextos socioculturais considerados, aquilo que caracteriza a abordagem do historiador é a referência a um cenário diferente daquele que se abre sob os seus olhos porque colocado “além”: um “além” temporal. O tempo do historiador é um tempo diferente do presente, um outro tempo (se se preferir, um tempo “outro”). É este desnível temporal essencial que torna problemática a incidência do conhecimento da história sobre a formação do profissional do direito. (COSTA, 2013, p. 64)

A história do direito permite, então, que o jurista compreenda estar inserido em uma determinada civilização, com seu próprio contexto histórico e “em toda riqueza de suas expressões”. Cabe ao historiador averiguar o dado que investiga no contexto em que este foi produzido e lembrar aos juristas que o texto legal é sempre uma representação artificialmente reduzida da realidade, uma espécie de “cume emergente de um continente submerso, sendo enganosa a observação da parte visível, o que torna necessário o mergulho para que se possa apreciar a substância efetiva do fenômeno. (GROSSI, 2005, p. 36)

É a busca dos elementos que levaram o povo norte americano do final do século XVIII e início do século XIX a estabelecer a possibilidade de controle das leis e que tipo de controle era admitido naquele momento, que se buscará realizar a partir dos aspectos técnico-científicos oriundos da história do direito.

É em vista dessa característica temporal do direito que Konrad Hesse adverte que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside em sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconectadas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais... Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991, p.14-15)

Esse procedimento evita que se utilize a história como simples mecanismo de legitimação do direito vigente, já que sua função precípua é problematizar, desmistificar as leis e o agir do legislador, permitindo que os juristas e a sociedade possam enfrentar

o discurso de legitimação do direito, que precisa ser socialmente reconhecido como cogente e legítimo para exercer o papel de legitimador do Poder. Como bem destaca António Manuel Espanha:

O direito, em si mesmo, é já um sistema de legitimação, i.e., um sistema que fomenta a obediência daqueles cuja liberdade vai ser limitada pelas normas. Porém, o próprio direito necessita de ser legitimado, ou seja, necessita que se construa um consenso social sobre o fundamento da sua obrigatoriedade, sobre a necessidade de se lhe obedecer. Como se sabe desde Max Weber (1864-1920), a legitimação dos poderes políticos – ou seja, a resposta à pergunta “porque é que o poder é legítimo?” – pode ser obtida a partir de vários complexos de crenças (“estruturas de legitimação”), organizadas em torno de valores como a tradição, o carisma, a racionalização (Weber, 1956) – ou seja, “porque está estabelecido há muito”, “porque é inspirado por Deus”, “porque é racional ou eficiente”. No âmbito do mundo jurídico, alguns destes processos de legitimação – nomeadamente a legitimação “tradicional” – dependem muito de argumentos de carácter histórico. (HESPANHA, 2012, p. 14-15)

Tal uso da história foi muito comum até meados do século XIX, mas ainda tem sido inadvertidamente aplicado por alguns juristas na tentativa de comprovar que determinado direito ou instituto “pertencem à ‘natureza das coisas’ ou decorrem de categorias eternas da justiça ou da razão jurídica” (HESPANHA, 2012, p. 14-15)

Não é difícil perceber o grave equívoco daqueles que assim atuam, pois embora alguns conceitos remontem à Roma ou à Grécia antiga, como é o caso de “obrigação” e “democracia”, o estudo mais profundo revela significados completamente diversos daqueles que atualmente representam: permanece a terminologia, mas altera-se significativamente a semântica. Isso é consequência direta das diversas conjunturas sociais e ideológicas em que foram apropriados, de forma que seus sentidos são eminentemente relacionais. Exemplo disso é o conceito de jurisdição, atualmente ligado à atividade praticada pelo juiz ao julgar um determinado caso concreto, com base em normas previamente elaboradas, em regra, pelo Poder Legislativo.

Todavia, na sociedade medieval o exercício da jurisdição era compreendido de forma muito mais ampla, como “a primeira manifestação da ordem política”. Uma vez que “governar era julgar e o juiz – no sentido alargado daquele que estabelece a ordem nos casos concretos da vida – era a figura central da política”. A ele era dada a incumbência de “realizar a ordem, fazendo leis, punindo os contraventores, mas, sobretudo, determinando qual era o equilíbrio estabelecido pela república para cada caso concreto.” (HESPANHA, 2012, e 2015)

Outra forma equivocada, mas bastante comum de uso da história do direito se apresenta na tentativa de provar o apogeu de determinados institutos jurídicos do presente, identificando suas transformações com o aperfeiçoamento levado a cabo por valorosos juristas, ao longo do tempo, de tal forma a atingir o único caminho possível. Esse modo “progressista” se aproxima do anterior ao passo que além de atuar para a legitimação do direito atual, também inicia sua análise do passado a partir de concepções do direito atual e, por isso, perde sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de resolvê-las. (Hespanha, 2012, p. 19-21)

Se, por estes meios, a legitimação do direito presente pode levar a manutenção de leis autoritárias, dissociadas da sociedade a que se aplica, é papel do historiador evitar que se caia nessa armadilha, servindo de companheiro fiel e inseparável do aplicador do direito a fim de lhe auxiliar a encontrar o que procura no passado e não meros reflexos do presente.

Cabendo ao historiador o agir crítico, resta perquirir, como efetivamente se pode colocar isso em prática, quando o natural é viajar olhando para trás, procurando a “Veneza implícita que nos permite distinguir as qualidades das novas cidades que conhecemos”. Como poderemos agir, apesar de nossos *imprintings*, de nossas experiências, para sermos capazes de “perceber a névoa dessas cidades etéreas, se é sempre Veneza que descrevemos, quando descrevemos as cidades que visitamos?” (GUANDALINI JR., 2016, p. 01).

GROSSI nos sugere que o historiador tome o “mundo histórico” em sua análise, de preferência acompanhado do comparatista “conhecedor solvente” do *common law*, sistema que não tendo sofrido a quebra paradigmática do direito continental europeu do século XVIII, mantém maior “relação de continuidade aos valores representados pelo *ius commune* medieval”. Não se deseja incutir um “ceticismo corrosivo” no operador do direito, mas fazê-lo confrontar soluções diversas, que sejam capazes de dialogar entre si, respeitando as singularidades de cada civilização, em prol da recusa “da simplificação abusiva de uma realidade que cabe, antes, considerar em toda sua complexidade”. (GROSSI, 2005, p. 38)

O que Paolo Grossi pretende com o olhar do comparatista é sua capacidade de enxergar além daquilo que nos é familiar e o conhecimento específico do direito consuetudinário, com o qual pretende “dialetizar” com o direito positivado a fim de que abstrair a racionalidade da lei vigente, além da forma como esta influência e como foi influenciada pela sociedade a qual se destina.

É fundamental, então, que a história do direito se debruce sobre o direito na sociedade, observe a história no contexto geral, tomando em conta a pluralidade normativa que organiza a vida em sociedade, como a moral, a disciplina doméstica, a organização do trabalho, a religião, pois além de funcionar nestes âmbitos é por eles influenciado das mais diversas maneiras. Estas pequenas forças, raramente são percebidas, e costumam perpassar as relações familiares, de trabalho, com os amigos, se apresentando como “direitos do cotidiano”. São moldados por poderes “microfísicos”, para usar a terminologia de Foucault, de tal forma perenes, que nos parecem inevitáveis, quase “naturais”. (HESPANHA, 2012, p. 25)

É em virtude dessa pluralidade de ordens normativas - que coexistem ao direito “oficial”, apesar do esforço que o Estado Moderno fez para manter o monopólio do Poder – que passou a ser objeto de pesquisa dos historiadores ante a percepção de que a pesquisa da lei mostrava-se insuficiente para a compreensão da formação e funcionamento prático do direito dos tempos passados.

Walter Guandalini Jr, observa que, tendo o direito a finalidade de transformar a realidade, reflete a “reconfiguração constante de um campo de batalhas plural e imanente, no interior do qual se enfrentam, através do direito, posições de forças variáveis e intercambiantes”. Estas “forças” não só o influenciam, mas também o “colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento funções específicas que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico.” Em resumo, o Direito é “antes de tudo, aquilo com o quê se luta para vencer a guerra”. (GUANDALINI JR., 2016, p. 8-10)

Também aqui este capítulo toma relevância, pois expõe a necessidade de se verificar as microforças que agem para a formação do Poder e do direito, notório instrumento legitimador do primeiro.

Como essas relações de poder não se mostram estáticas, como variam consideravelmente em força ao longo do tempo, não há como excluir a análise da

sociedade como um todo, objetivando identificar como cada uma dessas “ordens paralelas” influenciou na formação ou aplicação do direito de uma dada civilização.

Trata-se, portanto, de identificar os poderes que cotidianamente se enfrentam através do direito, buscando fazer prevalecer sua lógica de submissão. Não se trata de uma verificação de causa e efeito direto, mas sim uma busca pela heterogeneidade, de fatores contrários entre si e que podem ocasionar a modificação do equilíbrio de forças vigente num dado tempo e civilização. Busca-se uma “ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendida em conexão com outros eventos”, mas que permite que se compreenda “o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado” (GUANDALINI JR, 2016, p. 9-10)

A questão do exercício do poder, especialmente do poder de dizer o direito, será tratada na seção 3.1, no qual será demonstrado o papel dos juristas para a modelação e o exercício direto do Poder.

Importante observar que o direito constitucional em nada se difere nesse aspecto, posto que as normas que vincula não são fruto apenas das condições sociais, políticas e econômicas de um determinado tempo, de sorte que, “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura estabelecer ordem e conformação à realidade política e social.” (HESSE, 1991, p. 15)

É necessário esclarecer que a construção do direito, derivada dessa “luta” se dá no “campo jurídico”⁵, ou, nos dizeres de Foucault, das “práticas discursivas”, isto é, com “autonomia do direito em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais”, que se apresenta como conformador dos demais campos. (HESPANHA, 2012, p. 28)

Nesse contexto, a análise do historiador do direito não será o conteúdo do discurso, mas o próprio enunciado, entendido como mecanismo que fixa as “condições de possibilidade do objeto discursivo”, fixando as regras que definem quem pode apresentar-se como sujeito do discurso, balizando as fronteiras do campo enunciativo e

⁵ O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de *dizer o direito*, no qual se defrontam agentes investidos de competência – ao mesmo tempo – social e técnica, isto é, na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre e autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁵ Para tanto, diz respeito a um corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que declina sobre as instituições e seus poderes, as normas e suas fontes, assim como os modos de resolução de conflitos correlatos aos seus intérpretes e/ou interpretações. - BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 209-211

definindo sua materialidade. Assim a história do direito deixa de perquirir a norma ou as realidades social, econômica ou política para focar-se no discurso jurídico da civilização em estudo. (GUANDALINI JR, 2016, p. 6-7)

A vantagem deste método de pesquisa histórica reside no fato de se desviar das naturais limitações oriundas da simples pesquisa das normas vigentes, sem, contudo, cair na tentação materialista de justificar o mundo do direito como mero reflexo de fenômenos sociais, especialmente de ordem econômica.

Isso não significa que os aspectos sociais devam ser ignorados, mas que devem ser ponderados em conjunto com o discurso jurídico. Afinal, se assim procedesse, o historiador deixaria de perceber importante papel cumprido pelo direito enquanto fonte de regulação da sociedade, qual seja: a de legitimar projetos de alteração da regulamentação vigente. Conforme já visto, o direito é tido como um campo de batalhas plural, no qual se enfrentam posições opostas e que nem sempre se mantêm dominantes.

Dessa forma, a história do direito deve se ocupar não só do discurso vencedor dessa batalha, mas contextualizar a posição dos vencidos, pois da perspectiva da civilização ancestral estudada, as ideias (expressa ou implicitamente) rejeitadas poderiam ter se transformado em direito e alterado o discurso jurídico vigente imediatamente, ou simplesmente iniciado um movimento de transição cultural que tenha criado um ponto de ruptura futura, culminando em um novo paradigma. Ao assim proceder, o historiador do direito poderá demonstrá-lo não só “como síntese simbólica estabilizadora das aspirações sociais de uma organização social”, mas, também, “como projeto de (imagin -) ação transformado para a sociedade que se desejava construir.” (GUANDALINI JR., 2016, p.13)

Por fim, ao se reconhecer que a os valores são relativos a cada civilização e a existência de “projetos” de transformação do direito, percebe-se também a ausência de um desenvolvimento linear, rumo a um “progresso” necessário do direito. Assim, as normas e institutos objeto da pesquisa histórica deverão ser avaliados de acordo com os discursos, princípios e institutos vigentes, em superação e os superados pelo contexto histórico estudado.

2 DO LEVIATÃ AO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

O presente capítulo visa descrever o surgimento do Estado Moderno, a consequente concentração do poder, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático, bem como a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo.

Compreender o contexto histórico da formação do Estado Moderno os motivos que determinaram a transmissão do poder ao povo, em substituição ao poder concentrado exercido por monarcas ou imperadores e, em especial, os fundamentos à tripartição das funções estatais é fundamental para que o leitor compreenda a preocupação com a judicialização das políticas públicas.

Buscar-se-á, ainda, demonstrar que a tripartição das funções estatais garante maior transparência em relação ao funcionamento do Estado, amplificando o poder do povo e controlando o uso do poder por aqueles que ocupam cargos públicos eletivos ou não.

Da mesma forma, será de fundamental importância para a constatação do risco de afastamento/alijamento do povo em favor dos interesses e valores de uma elite, quando se transfere um Poder quase infinito a um órgão não eleito democraticamente e totalmente insindicação, seja pela ausência de efetivo controle externo, seja pela natureza vitalícia e inamovível de seus cargos.

O Estado Moderno, cujo surgimento deu-se em meados do século XV, tem origem com a cessão de parte do poder individual em favor de um poder central, que passou a limitar a atuação dos indivíduos, com vistas à manutenção de uma ordem mínima. Esse Poder inicialmente foi concentrado em uma única pessoa – o Príncipe - a quem, na qualidade de Soberano, era permitido criar e revogar a lei, o que lhe caracterizava como a própria jurisdição.

O Estado absolutista, denominado de Leviatã por HOBBS, tinha a função de tirar o homem do constante estado de guerra, característico do estado de natureza, trazendo-o para um ambiente que garantisse sua autopreservação. Ao ver deste autor, para se obter tais resultados é necessário:

Conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; isso equivale dizer: é preciso designar um homem ou a uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à paz e à segurança comuns, submetendo, assim, sua vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento [...] é uma unidade real de todos numa só e mesma pessoa [...] a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado [...] Essa é a geração do grande Leviatã, ou, antes, (para usarmos termos mais reverentes), daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do Deus imortal, a nossa paz e defesa. (HOBBS, 2009, p. 133)

O Estado Hobbesiano caracterizava-se, portanto, pela concessão:

de um poder irrevogável, indivisível e absoluto [...] que não pode ser rescindido ou anulado, contrapondo-se, assim, aos defensores da teoria do mandato, os quais alegam que o poder do governante deve ser temporário e regido por mandatos, para que, assim, não se incorra em abuso de poder. (QUADROS, 2016, p. 91-92)

Embora de maneira velada, a forma Hobbesiana de pensar o Estado é estimulada em nosso presente, por meio da visão de grande parte dos constitucionalistas e magistrados que defendem a existência de Constituições dirigentes, que não reservariam espaço para a atuação discricionária dos Poderes Legislativo e Executivo. De acordo com esta visão, aludidos Poderes deveriam implementar todos os valores e políticas públicas previstos na Constituição, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se ao forte controle das cortes constitucionais, aptas não só a anulação de leis consideradas inconstitucionais, mas também legitimadas a determinar a implantação de políticas públicas ou de direitos constitucionais que deveriam ser atendidos por meio delas.

Embora nenhum dos defensores do *judicial review* reconheça um poder ilimitado às cortes constitucionais, aduzindo que a própria carta constitucional limita a atuação do Poder Judiciário, é necessário reconhecer que, inexistindo qualquer instância governamental capaz de suplantar os eventuais excessos cometidos por estas cortes, e não sendo dado ao povo pode interferir, posto que se trata de um órgão composto por cargos não eletivos, não há como negar a efetiva concentração de poderes em uma assembleia de homens! Nem se diga que os juízes são capazes de autocontenção, pois os exemplos dos abusos cometidos por magistrados são registrados desde o antigo

regime até o tempo presente. Esta questão será devidamente aprofundada ao longo do presente estudo, razão pela qual neste momento basta situar o ponto de comparação que se pretende fazer entre o absolutismo monárquico e aquele decorrente da juristocracia que se avizinha.

A sucessão temporal evidenciou que a concentração de poderes em uma única pessoa era extremamente perigosa, não demorando a surgir críticos ao Estado Absolutista. Nessa esteira, John Locke, em seu “II Tratado sobre o Governo Civil”, de 1690 idealizou uma nova espécie de governo, a qual chamou de Estado Liberal, pela qual cabia ao Estado funções mínimas, especialmente a garantia da liberdade e da propriedade privada, por ele considerados inatos aos seres humanos.

Contudo, a contribuição de John Locke não se restringiu à teorização da garantia dos direitos naturais. Coube a ele formular a distinção entre poder absoluto e poder moderado, ao estabelecer:

[...] a máxima do constitucionalismo: quem tem o formidável poder de fazer a lei não pode e nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, incluído o formidável poder de coerção sobre os indivíduos; e quem dispõe de todo esse poder não pode ser, por sua vez, titular do poder legislativo (GODOY, 2012, p. 34)

Quase um século após os ensinamentos de Locke, em *O Espírito das Leis*, Montesquieu deu contornos à teoria da tripartição dos poderes, expondo que a garantia de respeito aos direitos individuais depende da absoluta separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em qualquer Estado, posto que o homem tende naturalmente a abusar do poder. (MONTESQUIEU, 2000, p.166)

A despeito da importância dos já citados pensadores para a conformação do Estado Moderno, a fundamentação e legitimação ao Estado Democrático somente ocorrem a partir de Jean Jacques Rousseau, com a publicação da obra *O Contrato Social*, em 1762, na qual o autor sustenta que o poder emana do povo, razão pela qual somente por ele e em seu nome pode ser exercido. É neste momento que se contesta o poder do príncipe e que, de fato, direciona-se a tomada de decisões ao povo (GODOY, 2012, P. 37).

É preciso destacar que, enquanto o Estado possuía tarefas mínimas, poucos eram problemas com o funcionamento do sistema de freios e contrapesos proposto por

Montesquieu. Por meio de aludido mecanismo, as funções públicas foram repartidas entre três órgãos distintos, a quem cabia, individualmente apenas uma delas. Assim, ao passo que o Legislativo cria as normas, o Executivo administra o interesse público de acordo com estas, cabendo ao Judiciário julgar os conflitos.

Todavia, com o surgimento do Estado de Bem Estar Social na década de 40 do século XX, as cartas constitucionais passaram a receber um conteúdo programático de grande envergadura, fazendo com que tais diplomas fossem centrados em direitos humanos, ocorrendo uma transformação paradigmática da jurisdição, que deixa de observar os primados do positivismo, para incorporar aspectos principiológicos.

Douglas Henrique Marin dos Santos (2014, p. 27), citando Miguel Carbonell e Rubén Sánchez Gil leciona que:

A constitucionalização do direito pode ser conceituada, portanto, como um processo de transformação em que o ordenamento jurídico é totalmente impregnado pelas normas constitucionais, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e a sociedade. Em um ordenamento jurídico constitucionalizado, a lei maior resulta em uma ordem fundamental que impõe ações positivas aos Estados – e não apenas abstenções.

Neste contexto, surgiram vários movimentos jurídicos, sem relação direta entre si, mas com o papel comum de superar as antigas escolas jusnaturalista e positivista. Essas novas correntes encarregaram-se de estudar a constitucionalização do direito e as consequências que tais mudanças causaram na estrutura estatal, na jurisdição e na teoria das decisões judiciais. Ao ver desta corrente doutrinária, o discurso constitucional deixa de retratar mera reflexão filosófica, desejos de uma nação, para adentrar em sua realidade mediante a aplicação de firmes preceitos (SANTOS, 2014, p. 29).

Agrupadas sob a denominação de neoconstitucionalismo, desenvolveram-se na Europa do pós II guerra “[...] tendo como principal marco a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951.”, que lhes deu guarida para expressiva produção acadêmica e jurisprudencial (BARROSO, 2005, p. 03)

A partir de meados do século XX, em decorrência da constitucionalização do direito, portanto, o Poder Judiciário assumiu um papel de maior relevo, pois como guardião da Carta Política, passou a analisar e a interpretar o alcance dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, influir diretamente nas políticas públicas, por meio

de decisões judiciais que determinavam a suspensão e até mesmo a implementação de políticas públicas.

É neste contexto que a teoria da tripartição sofre um impacto bastante profundo, levando a questionar se as atividades assumidas pelo Poder Judiciário levam ou podem levar à concentração de poderes em favor de uma “assembleia de homens” não eleitos democraticamente, carecendo de legitimidade para determinar quais as políticas públicas constitucionalmente previstas devem ser promovidas. Outro fator, não menos importante, é a possibilidade desta mesma “assembleia” promover valores que não representam os jurisdicionados, podendo guardar relação apenas com interesses pessoais desta nova “elite”. Esse risco é real e pode ser constatado pela declaração de princípios implícitos, que uma vez reconhecidos pelas cortes constitucionais, não raras vezes invocando o direito comparado, reforçam o afastamento do direito local dos valores que informam a nação.

Da mesma forma buscar-se-á demonstrar como historicamente surge o monopólio do direito, como esse processo influencia a formação das leis nos dias atuais, buscando identificar aproximações e distanciamentos em relação ao ideal democrático e a incorporação ou não dos valores culturais de uma nação ao arcabouço legislativo.

O Estado Absolutista, que atribuía a legitimidade do exercício do Poder ao príncipe em decorrência da vontade divina, permitia que o monarca legislasse, muito embora não de forma ilimitada como falsas representações da idade média podem levar a crer. Todavia, ainda que limitado pelo Direito Natural de origem divina e pela Leis Fundamentais do Reino, é possível identificar “um esforço desenvolvido pelo príncipe para monopolizar a produção do direito, restringindo as demais fontes do direito...” (CLÈVE, 2000, p. 45) Evidente, portanto, a existência de um conflito entre os valores expressos pela sociedade (direito natural), com alguns dos valores e interesses do príncipe.

Com o advento das revoluções liberais, a soberania que sustentava o Poder do monarca é transferida diretamente ao povo e passa a sustentar “não apenas o monopólio do Estado no tocante a produção normativa, como também o monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo.” (CLÈVE, 2000, p. 46)

A elaboração das leis pelo Poder Legislativo, como bem realça Raul Machado HORTA, “... é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e a implantação do Estado de Direito.” (HORTA, 1994, p. 150) ⁶

Do exposto percebe-se que a produção das leis pelo Poder Legislativo configurou uma transformação nas relações sociais, vez que a partir deste momento o Poder Executivo passou a ter sua atuação limitada pelas decisões tomadas pelos membros do Parlamento. Estes, por sua vez, legislavam de acordo com os anseios e valores propostos pelo povo, servindo estes como fator direcionador da ação estatal. Embora não se desconheçam as limitações da democracia representativa, as ideias iluministas estavam presentes nestas sociedades de forma ampla, permeando o ideário político e social.

A representação política por meio do legislativo era, de fato, uma conquista tão relevante que não se admitia qualquer forma de relativização deste sistema. Raul Machado HORTA ressalta que a separação das funções na França pós revolução foi tão intensa, que a Constituição recém promulgada “reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Cap. III, Seção Primeira, art. 1º), proibiu ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória.” (HORTA, 1994, p. 151)

Na mesma toada, a Constituição de 1791 dispunha, em seu capítulo III, artigo 3, que:

Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções. (CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1791)

Neste período a divisão dos poderes era nítida, mantendo-se tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Judiciário completamente afastados da elaboração da lei, tendo esta se tornado expressão da vontade coletiva e o Parlamento seu único emissor formal.

Contudo, é importante notar que, embora o Estado passasse a deter o monopólio da lei, os revolucionários não se olvidaram do problema do conteúdo da legislação, tendo a Assembleia Nacional fixado, já no preâmbulo da Constituição de 1791, que, “desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de

reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos.”

A inclusão da igualdade e a liberdade como requisito para a validade das instituições e normas não se deu por acaso, sendo fruto da influência direta de Locke, Rousseau e Montesquieu. Os valores aplicados ao ordenamento constitucional francês de 1791 impediam que as leis fossem elaboradas senão com respeito à razão.

Como bem destaca Clèmerson Merlin Clève, “não passando a lei de norma descoberta pela atividade racional, não poderia atentar contra a justiça e a liberdade.” Ademais, “na medida em que a lei era, a um tempo, regra criada pela nação pelos seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), não poderia atentar contra a justiça ou contra a liberdade” (CLÈVE, 2000, p. 47-48)

Há neste momento, o rompimento com o pensamento jurídico voluntarista, que caracterizava o direito como “produto de uma vontade – a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral – cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário.”⁷

A vertente *jus* naturalista, para a qual “o direito constitui uma ordem pré-estabelecida – inscrita na natureza das coisas, na ordem da Criação ou na natureza humana” influencia decisivamente a Revolução Francesa. O *jus* naturalismo⁸, especialmente em sua vertente racionalista, entende que o direito é, “uma ordem que pode ser observada” e cuja estrutura “pode ser entendida; quem tiver a experiência ou a formação apropriada pode ter a pretensão de chegar a conhecê-la, se para isso usar de um processo intelectual adequado. (HESPANHA, 2012, p. 207)

Os princípios da Revolução Francesa foram então condensados no Código de Napoleão (1804), o qual passou a ser a representação máxima do racionalismo jurídico, atendendo vários dos anseios desse grupo de juristas. Os códigos eram: 1) sistematizados e bastante completos, acabando com a confusão de leis até então

⁷ Daí que o jurista apenas tenha uma forma de descobrir o que é justo – interpretar a vontade da entidade que quis o direito, apagando-se perante ela, de modo a não usurpar ilegitimamente essa jurisdição originária. O direito torna-se, assim, um dado indisponível, que o intérprete apenas tem de esclarecer. (HESPANHA, 2012, p. 207)

⁸ Neste caso, o direito também não depende nem da vontade dos detentores do poder político, nem de quem estuda ou aplica o direito. Mas quem estuda ou aplica o direito pode usar da técnica de pensar dos juristas para propor uma interpretação da ordem do justo e do injusto. Interpretação que, não sendo forçosamente correta (i .e., sendo discutível, argumentável, problemática), é, em todo o caso, legítima. (HESPANHA, 2012, p. 207)

existentes; 2) possuíam um grau de compreensão bastante elevado, especialmente comparado com a legislação que substituiu; 3) possuíam origem verificável, ao passo que oriundas de uma autoridade constituída e, finalmente, 4) possuíam justificação axiológica. (NINO, 2010, p.382-383)

Contudo, paradoxalmente, o sucesso e aceitação deste Código foi causa do aniquilamento do jus naturalismo que o inspirou, visto que a racionalidade já estava presente na lei, sendo desnecessária qualquer racionalização de sua aplicação, cabendo ao juiz apenas proferir o seu conteúdo.

Essa sistemática funcionou bem no início do positivismo, pois como já exposto, os códigos receberam grande parte dos ideais formais e axiológicos defendidos pelos filósofos jurídicos. Todavia, com as alterações legislativas nem sempre decorrendo de aspectos lógicos, houve uma ruptura entre os ideais dos filósofos e a lei escrita, trazendo a questão da justiça novamente à tona.

Antonio Manuel Hespanha observa que esse antagonismo acabou por influenciar a dogmática jurídica de forma bastante peculiar:

O nascimento da dogmática jurídica liga-se tanto a uma crença na possibilidade intelectual de conhecer o justo como a uma necessidade prática de usar instrumentos intelectuais para atualizar, sub-repticiamente, normas consideradas inderrogáveis. É isto mesmo que podemos verificar na formação do saber jurídico medieval. Se, por um lado, a podemos ligar à 'libertação da razão' consequente à revolução escolástica não parece menos correto relacioná-la com a atitude respeitosa dos juristas perante os textos da tradição jurídica, o que os obrigava a uma atividade que, sendo profundamente inovadora, se desenrolava sob a capa de uma 'mera interpretação', que mobilizava, no entanto, um aparelho argumentativo imponente. Sintetizando as duas posições, podemos dizer que convergem na produção do ambiente favorável à constituição da doutrina jurídica medieval dois [sic] tipos de fatores: (i) fatores 'filosóficos', que contribuem para a crença na capacidade intelectual para conhecer o justo, e (ii) fatores ligados ao modo de ser do sistema das fontes de direito, que obriga os juristas a 'torcer', à força de argumentos, as fontes de direito que não podiam afastar. Para além destes, são ainda relevantes (iii) fatores 'institucionais', os quais vêm constituir o ambiente institucional favorável ao exercício e ao desenvolvimento da 'razão jurídica'. (HESPANHA, 2012. p. 209)

Do que fora até aqui exposto, é possível deduzir que o direito teve fases em que prevaleceu sobre a moral (positivismo), tal qual em determinadas épocas esteve a esta subordinada (jus naturalismo), razão pela qual a relação entre direito e moral precisa ser averiguada, de forma a entender de que forma esta influencia a elaboração e aplicação das leis.

José Renato Graziero Cella identifica a complexidade desta questão, elucidando que:

[...] talvez nenhum outro tema tenha ocupado tanto a filosofia do direito como as relações entre o direito como é (o direito positivo) e o direito como deveria ser segundo os postulados da moral e da justiça (o direito natural ou racional). A disputa entre estas duas concepções jurídicas, o positivismo e o jusnaturalismo cobre vários séculos da história do direito e, apesar de amiúde ser declarada cancelada, revive em cada época sob o manto de novas fórmulas. (CELLA, 2010, p. 01-02)

A separação entre direito e moral é a característica mais marcante do positivismo jurídico, que funda suas bases na segurança jurídica e no uso da força, relegando os aspectos morais para a política, por pretender retirar do direito todo o caráter de arbitrariedade, naturalmente decorrente da subjetividade. (PERELMAN, 2000, p. 91)⁹ Veja-se que para esta escola do direito, a arbitrariedade não decorre de fatores atinentes a impossibilidade de percepção dos valores do legislador, mas sim da subjetividade que atribuíam à interpretação da lei pelos juristas e magistrados.

Contudo, devido aos atos praticados pelo nacional-socialismo, sem que a estrutura jurídica supostamente tivesse ferramentas adequadas a questionar a legitimidade das leis com base nos valores inspiradores da nação, fez ressurgir a antiga questão dos direitos naturais, colocando em cheque o positivismo.¹⁰

A idéia Kelseniana de que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo, foi duramente combatida no pós-guerra, tendo sido atacada como responsável pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX. Essa circunstância trouxe novamente à tona aquilo que a teoria de KELSEN tinha posto em estado de latência: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça. (CELLA, 2010, p. 5)

⁹ Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente a conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior. Assim é que o oficial de justiça poderá proceder a uma penhora em conformidade com um mandado de execução. O juiz poderá prolatar a sentença, na medida em que foi nomeado regularmente, em que foi encarregado de uma lide que entra na esfera de sua competência, tanto material quanto territorial e se conformar às prescrições legais, tanto no mérito quanto em matéria processual. O legislador poderá discutir, votar e promulgar leis, em conformidade com as regras constitucionais e com as práticas aceitas. Dá-se o mesmo com o Poder Executivo, na medida em que se conforma à Constituição e às disposições legais. Somente a norma constitucional, enquanto norma fundamental, não terá de conformar-se a nenhuma norma preliminar. (PERELMAN, 2000, p. 93)

De fato, o fim da guerra provocou um “movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador”. Os julgamentos dos crimes de guerra seguiram a linha de afirmar a existência de um direito superior ao legislado, buscando fundamento na própria constituição alemã, que em seus §§ 20, II e III impunha a obrigação do legislador observar o “direito”, o qual se passou a compreender como “um direito não escrito depositado na consciência coletiva.” e não aquele simplesmente legislado. “Nem a Constituição escaparia a esta vinculação.” (HESPANHA, 2012, p. 537)

E é sob esse pressuposto que as correntes jus naturalistas retomam sua força, para além de sustentar a prevalência de determinados direitos, ditos fundamentais, inerentes à natureza humana, sobre a ordem jurídica, como forma de controle da atividade legislativa, exigir a observância destes mesmos preceitos quando da aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

Contudo, Antonio Manuel Hespanha questiona a afirmação de que o direito positivo teria juridicamente sustentado as atrocidades do nazismo, aduzindo que esta má-fama decorreu de sua indevida associação “à conversão da vontade arbitrária de Estados autoritários em direito legítimo – ou seja, em direito a que se devia obedecer”. Como bem destaca o autor português:

[...] a primeira coisa que se deve observar é que o legalismo não foi, na Época Contemporânea, um atributo característico das políticas autoritárias do direito.” Pelo contrário. Ele prevaleceu na fase inicial da Revolução Francesa, justamente aquela que correspondeu ao período de mais enfática afirmação da soberania popular. Já antes, nos Estados Unidos, se manifestara com um enorme vigor, logo no preâmbulo da Constituição Federal [...] Constituição que, como já vimos, também declarava formal e enfaticamente que ninguém deveria ser tão ousado que se atrevesse a suspender ou deixar de executar as leis (HESPANHA, 2012, p. 529-530)

De se destacar que a Constituição Norte Americana expressamente fixa que:

Nós, o povo do Estados Unidos, afim de constituir a mais perfeita união, estabelecer justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as Bênçãos da Liberdade a nós mesmos e a nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América. (tradução livre)

Enfatizando sua crítica à corrente que credita à lei os abusos do nacional-socialismo alemão e demais governos autoritários, HESPANHA observa que tal como nos Estados Unidos:

O mesmo aconteceu em Inglaterra, país considerado, desde o início da Época Contemporânea, como um modelo de liberdades e de democracia; aí, não só se prolongou até hoje o princípio da soberania do parlamento, como também a tradição jurídica inglesa tem sido, nos últimos duzentos anos, fortemente marcada pelo positivismo legalista [...] Em contrapartida, as posições antilegalistas têm constituído um sinal característico da política do direito de Estados autoritários, para os quais a lei (ou a Constituição) –, mesmo que sejam as suas leis e as suas constituições – podem ser sempre um embaraço para o arbítrio do poder. E, por isso, os líderes desses Estados frequentemente apelaram para normas ou valores supraleais (como o direito natural, o génio nacional, o interesse do povo ou da Nação, a tradição, a oportunidade política, a moral e os bons costumes, a religião), quando não para a simples vontade de chefes carismáticos, para ultrapassarem os limites rigorosos da lei (“decisionismo”) (HESPANHA, 2012, p. 529-530)

L. H. Hart, bem destacou o risco de se proceder a retroação da lei penal com base em aspectos supraleais ou supraconstitucionais, deixando às cortes o poder de atuar contra os cidadãos e até mesmo contra o governo, independentemente do direito legislado.

[...] após uma revolução ou alterações profundas, os tribunais de um sistema têm de considerar a sua atitude para com as iniquidades morais cometidas em forma jurídica por cidadãos privados ou funcionários durante o regime anterior. O castigo deles pode ser visto com socialmente desejável e, contudo, para o conseguir através de legislação francamente retroactiva, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pelo direito do regime anterior, pode ser difícil, em si moralmente odioso, ou, talvez, impossível... Foi desta forma que os argumentos de Direito Natural foram ressuscitados na Alemanha, depois da última guerra, em resposta aos problemas sociais agudos deixados pelas iniquidades do regime nazi e pela sua derrota. Deveriam ser punidos os informadores que com fins egoístas, conduziram à prisão outras pessoas acusadas de delitos contra leis monstruosas editadas durante o regime nazi? Seria possível condená-los nos tribunais do pós-guerra, com o fundamento de que as tais leis violavam o Direito Natural e eram, por isso, nulas, de tal forma que a prisão das vítimas por violação de tais leis era de facto ilegal, e o acto de provar tal prisão era em si próprio um delito? (HART, 2001, p. 224-228)

Os perigos daí decorrentes são conhecidos e bem explicitados por HART, ao observar que:

Pode parecer então tentador dizer que as leis que se associaram à iniquidade ou a permitiram não deviam ser reconhecidas como válidas, ou não deviam ter a qualificação de direito, mesmo se o sistema em que foram promulgadas não reconhecia qualquer restrição à competência legislativa do seu poder legislativo.... [mas] Um conceito de direito, que permita distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas. Pode admitir-se que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que,

ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado neste tempo proibia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. Um caso de punição retroactiva não deve fazer-se parecer como um caso vulgar de punição por um acto ilegal ao tempo da sua prática. (HART, 2001, 224-228)

O julgamento das atrocidades cometidas na Alemanha nazista nos remete a uma questão deveras importante às “sociedades líquidas”, utilizando-se a terminologia de Bauman. Embora nobre em seus objetivos, a submissão do direito à moral só se mostra viável em sociedades “que comungam (ou pensam comungar impondo essa comunhão) de ideais comuns sobre moral e direito” (CELLA, 2010, p. 13)

A prevalência da moral sobre o direito, é preciso lembrar, se deu, por um lado, pela vertente religiosa, que defendia a criação divina de uma ordem natural capaz de dirigir todos os seus movimentos, cabendo ao homem o papel de observá-la a fim de encontrar a justiça nos princípios do direito natural e, por outro, baseado em argumentos puramente racionais, extraídos da observação da história das sociedades e da dedução lógica, buscava formular um direito justo e universal, a ser “ensinado nas Faculdades de Direito, na esperança de que aqueles a quem caberia elaborar e promulgar as leis positivas se afastassem o menos possível do modelo ideal que lhes era ensinado”. (CELLA, 2010, p. 16-17)

É preciso salientar que os positivistas não negam a influência da moral na formulação do direito, visto que “o direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceite, como também de ideais morais mais vastos.” os quais adentram ao direito “ quer de forma abrupta e confessada, através da legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, por meio do processo judicial.” Como exemplo da primeira espécie de influência, pode-se apontar o direito inglês, com sua peculiar inexistência de limites formais ao legislador, ao passo que a segunda forma de penetração moral no direito é melhor ilustrada pelo direito norte americano, no qual, “os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”. (HART, 2001, p. 220)

Apesar da inegável influência da moral sobre o direito, o risco inerente ao Direito Natural é o de que os juristas, únicos seres dotados das capacidades intelectuais necessárias para encontrar este direito justo e universal, busquem substituir o direito

oriundo do processo democrático por aqueles de sua preferência pessoal e, com isso, impor sua moral e sua visão de mundo a toda a sociedade. (HESPANHA, 2012. p. 531-532)

É justamente contra esse possível abuso, e por expressamente refutar a existência de uma moral absoluta, universalmente aceita, que Kelsen se manifesta contrário, à submissão da norma legal à moral, para que possa ser considerada direito, pois:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular - pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade - e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos - então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça.

Contudo, Kelsen se encarrega de esclarecer que diante ampla variedade “daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares”, resta impossível apontar qualquer elemento “comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.” Até mesmo valores quase unânimes, como a paz e o respeito ao próximo foram condenados em determinadas épocas, como feito por Heráclito, ao professar “que a guerra não só é o ‘pai’, isto é, a origem de tudo, mas também o ‘rei’, isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta e que a luta, por isso, é justa.”

Ora, se nem mesmo a paz pode ser apontada como elemento comum de todos os sistemas morais, é possível afirmar que não se pode presumir qualquer valor moral absoluto, inexistindo meios para determinar o que deve ser considerado bom ou mau, em todas as circunstâncias. Eis porque KELSSEN sustenta ser auto evidente “que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou

inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva.” Ou seja:

[...] quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral... A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. (KELSEN, 1999, p. 45-49)

Do que fora exposto, nota-se existir justificável preocupação de que os valores pessoais dos juízes sobreponham-se às normas legais, previa e publicamente expostas, retirando do povo o controle sobre o Estado, vez que contra as decisões judiciais tomadas por cortes constitucionais, não há como opor recurso, ainda que estas sejam manifestamente contrárias à Constituição.

Contudo, “quaisquer que sejam as reservas a pôr ao argumento antilegalista, o certo é que ele tem provocado reações e respostas na cultura jurídica contemporânea”, destacando a tentativa de correlacionar o direito a valores “substanciais, objetivos ou, pelo menos, “conversáveis” (i. e., suscetíveis de discussão racional)”, o que traz inegável ganho para a democracia, qualificando os debates, especialmente entre os Poderes Estatais. (HESPANHA, 2012. p. 535)

Uma vez observado que a moral influencia o direito em geral (e as leis e decisões judiciais em particular), resta averiguar quais dos Poderes, num Estado Democrático de Direito, apresenta melhores condições para criar o direito e, em especial, as políticas públicas constitucionalmente previstas. Para tanto, faz-se necessário bem compreender as funções do Estado no contexto do Estado Liberal, no qual foi instituído o *judicial review* e do Estado Social, a fim de averiguar se aquele instituto se amolda plenamente às funções atualmente desempenhadas pelo Estado.

2.1 Estado Liberal x Estado Social: da garantia de liberdade ao papel de agente transformador da realidade social

O presente capítulo destina-se a apresentar o conceito de Estado Liberal e de Estado Social, bem como as principais diferenças existentes entre os dois modelos. Sua relevância para o tema decorre dos diferentes efeitos que a judicialização da política apresenta em cada modelo, sendo utilizada, no Estado Liberal, como forma de garantia de afastamento do Estado da vida privada, ao passo que no Estado de Bem Estar Social sua função precípua tem sido obrigar o Estado a implementar políticas públicas em favor de determinado cidadão ou da sociedade em geral.

Política, Direito e Constituição são temas assentes nas discussões acerca do binômio Democracia *versus* Direito Constitucional, vez que opõe, ao menos em princípio, a liberdade de autogoverno pregada pela Democracia, aos anseios de um instituto capaz de impedir, ou ao menos dificultar a prática de atos de injustiça contra os cidadãos.

Como a formação histórica de cada governo influencia na formação de suas estruturas jurídicas e sociais, não se pode pretender investigar a dualidade acima posta, sem situar as bases que lhes deram origem.

A democracia moderna finca raízes nas revoluções liberais do século XVIII, época em que surge “o Estado Nação, à ascensão da burguesia, [a]o surgimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica e à progressiva internacionalização da economia e do comércio.” e na qual institui-se o Liberalismo, termo que “padece de um alto grau de polissemia”, graças ao fato de que tal doutrina, ao longo de três séculos e “em diferentes locais do globo... deparou-se com problemas estruturais diferentes, cuja solução influenciou cada forma específica de liberalismo” levando a diversas formas de pensamento, “... todas compartilhando a mesma essência liberal -, mas ao mesmo tempo diferentes em muitos aspectos relevantes” (MORAES, 2014, p. 271)

Para efeitos deste estudo nos interessa o Liberalismo Jurídico, “cujo foco está na concepção de um Estado que garanta os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes” e que não interfira nas relações econômicas. Neste contexto, só seriam legítimas as intervenções estatais quando destinadas à preservação da “segurança individual dos cidadãos” (MORAES, 2014, p. 271-273)

Eis porque Carl Schmitt defendia que no modelo liberal, ao passo que a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, por ser um dado anterior à existência do próprio Estado, este, por sua vez, encontrava-se limitado em todas as suas funções, inclusive legislativas e executivas, sendo passíveis de controle por meio de normas fixadas previamente. (SCHMITT, 1934, p. 147)

Sobre a limitação do Estado pela Lei no Estado Burguês, Marcelo Catonni destaca que, da redação dos artigos 1º a 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, extrai-se a

ideia liberal Lockeana fundamental, segundo a qual haveria um conjunto de direitos pré-políticos, verdadeiras fonte normativa natural, que precederia, limitaria e condicionaria a lei, devendo esta ser tão-somente a encarnação e a expressão daqueles direitos. Assim, o art. 5º dirá que não cabe à lei senão proibir as ações nociva à sociedade que desrespeitem os fins para os quais a sociedade civil se constitui: a garantia e a conservação dos direitos naturais do homem. (CATONNI, 2000, p. 49-50)

E a limitação do Estado se dava, tanto pela Constituição, quanto pela Separação dos Poderes, sendo o sucesso desta última atribuído ao seu papel de garante das liberdades individuais e dos direitos políticos recém conquistados pelos burgueses. Como leciona Clèmerson Merlin Clève, “a fruição pacífica da independência privada constitui o núcleo da liberdade para o liberalismo”, daí decorrendo a “base para a arquitetura da noção de sociedade civil, como instância contraposta ao Estado”, formado este pela vontade dos indivíduos e sujeito tanto à limitação do Poder, quanto à limitação de seus fins. (CLÈVE, 2000, p.34-35)

Como elucida Habermas:

...[n]a concepção liberal o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos. Segundo a concepção republicana a política não se esgota nessa função de mediação. Ela é um elemento constitutivo do processo de formação da sociedade como um todo. A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel).¹¹

¹¹ Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram, transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante: junto à instância de regulação hierárquica representada pela jurisdição do Estado, e junto à instância de regulação descentralizada representada pelo

E, assim, “a doutrina liberal da vazão ao Estado de Direito Constitucional (submissão do poder ao Direito) e ao Estado Mínimo (Estado com atribuições reduzidas)”, ao qual não compete nada além de “manter a ordem interna e conduzir a política exterior”. Neste contexto, “... não é difícil entender que a técnica da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, funcionava perfeitamente, além de alcançar uma utilidade incontestável. (CLÈVE, 2000, p. 35)

O modelo liberal clássico precisou ser adaptado por conta do mercado monopolista decorrente da concentração de capital. Neste momento, no calor das exigências sociais requeridas pelos trabalhadores, promulga-se a lei antitruste norte americana na tentativa de restabelecer o mercado às condições pretendidas pelo liberalismo. É o fim do mercado autorregulado, o que acaba por ensejar o paulatino acúmulo de funções pelo Estado. Na Europa, apesar da promulgação de leis de cunho assistencial no século XVIII e das leis alemãs que criaram “seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho”, as quais foram embriões da intervenção estatal em favor do proletariado, é só a partir da Primeira Guerra Mundial que o paradigma liberal é afastado em favor de um Estado intervencionista. (MORAES, 2014, p. 274-275)¹²

mercado (junto, portanto, ao poder administrativo e ao interesse próprio individual) surge a solidariedade e a orientação pelo bem comum como uma terceira fonte de integração social. (HABERMAS, Três Modelos Normativos de Democracia, 1995, p. 39)

¹² De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes “avançadas” e “em avanço” do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana. Esses valores, parecia claro, tinham feito progresso durante todo o século, e estavam destinados a avançar ainda mais. Afinal, em 1914 mesmo as duas últimas autocracias da Europa, a Rússia e a Turquia, tinham feito concessões na direção de um governo constitucional, e o Irã chegara a tomar emprestada uma Constituição da Bélgica. Antes de 1914, esses valores só tinham sido contestados por forças tradicionalistas como a Igreja Católica Romana, que ergueu barricadas defensivas de dogmas contra as forças superiores da modernidade; por uns poucos rebeldes intelectuais e profetas do apocalipse, sobretudo de “boas famílias” e centros estabelecidos de cultura, de certo modo parte da civilização que contestavam; e pelas forças da democracia, no todo um fenômeno novo e perturbador... E no entanto os 23 anos entre a chamada “Marcha sobre Roma” de Mussolini e o auge do sucesso do Eixo na Segunda Guerra Mundial viram uma retirada acelerada e cada vez mais catastrófica das instituições políticas liberais... Em resumo, o liberalismo fez uma retirada durante toda a Era da Catástrofe, movimento que se acelerou acentuadamente depois que Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Tomando-se o mundo como um todo, havia talvez 35 ou mais governos constitucionais e eleitos em 1920 (dependendo de onde situamos algumas repúblicas latino-americanas). Até 1938, havia talvez dezessete

A mudança de postura foi necessária para que os Estados pudessem responder adequadamente aos desafios postos pela Primeira Guerra Mundial, cujas proporções exigiram que os esforços políticos e produtivos fossem direcionados quase que exclusivamente para este fim. De se notar que “até este momento histórico, nenhuma guerra havia exigido tal tipo de esforço. Com a necessidade de planejamento e enorme alocação de mão de obra fortaleceu-se o poder dos trabalhadores organizados e “o surgimento de uma economia de guerra foi consequência natural, já que a vitória dependia, em grande parte da produção de aço, das usinas e outros fatores de produção que precisavam ser dirigidos pelo Estado”, cujos instrumentos jurídicos se mostravam ineficazes. (MORAES, 2014, p. 275)

É por meio das alterações jurídicas iniciadas durante a Primeira Guerra Mundial que o Estado se transforma de espectador a protagonista. O direito invade as relações privadas e passa a regular as relações de trabalho, edita normas tratando da forma de organização e administração das empresas e das relações entre os cidadãos, passando a ser o “tutor” do bem estar da sociedade. Enquanto o Liberalismo estava centrado no indivíduo e na garantia de seus direitos, o Estado de Bem Estar mobiliza-se para atender o interesse público, fundando uma ordem de valores socialmente relevantes e que devem ser atingidos ao longo do tempo.

Como bem observa Jorge Miranda, “o Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito”, visto que “para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta”, permanece a limitação do poder político, e “a liberdade — pública e privada — das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva”. Não só, a titularidade do poder político continua sendo detida pelo “povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução francesa”. Contudo, mais que isso:

... se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a protecção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já

desses Estados, em 1944 talvez doze, de um total global de 65. A tendência mundial parecia clara... (HOBESBAWN, Era dos Extremos breve século XX: 1914-1991, Cap. 4)

necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). Do que se trata é ainda, para tornar efectiva a tutela dos direitos fundamentais, de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição; e daí a afirmação de um princípio da constitucionalidade a acrescer ao princípio da legalidade da actividade administrativa e a instituição de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos (). (MIRANDA, 1997, p. 96)

A dificuldade de compatibilização de modelos tão distintos torna-se evidente quando se observa que, enquanto o Estado de Direito baseia-se, precipuamente em “restrições e proibições à atuação estatal como forma de manter a liberdade dos indivíduos” o Estado Social, centra esforços nas “funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Essa oposição pode levar o poder estatal a extravasar os limites tão bem postos do Estado de Direito”, fazendo com que o seu principal desafio seja “impedir que as suas funções sociais se transforme em funções de dominação. (MORAES, 2014, p. 278)

Importante ressaltar que a função distributiva acima mencionada encontra fundamento constitucional expreso, servindo como norte para o legislador, para o administrador e até mesmo para o juiz, a lei deixa de ser um ato discricionário, estando vinculada aos fins constitucionalmente previstos, “variando o nível de vinculação do legislador conforme uma topologia dos interesses públicos encontrada dentro da própria Constituição”. E daí se pode afirmar que a Constituição brasileira tem caráter dirigente, tornando imprescindível a tomada de “atos de direção política, criadores, planificadores e reguladores das normas programático-diretivas. (MORAES, 2014, p. 279-282)

Sobre o caráter dirigente das constituições sociais Fábio Corrêa de Souza Oliveira salienta que, de maneira geral, o que se estabelecem são normas programáticas, às quais se podem atribuir três fases para fins de reconhecimento de sua eficácia:

1ª) a disposição programática não é norma, não possui, portanto, eficácia jurídica, é tão apenas exortação, conselho, sugestão, sem vinculatividade; 2ª) a disposição programática é norma e ostenta eficácia hermenêutica, isto é, influi na interpretação/aplicação das outras normas, inclusive das próprias normas programáticas; 3ª) a disposição programática é norma e possui eficácia hermenêutica e eficácia negativa, isto é, gera a invalidação de qualquer ato, inclusive lei, que a contrarie, o que significa que a direção apontada pela norma programática não se traduz como opção, faculdade, ao menos não no que se refere à possibilidade de adotar direção oposta àquela enunciada pelo preceito programático. (OLIVEIRA, 2015, p. 35)

Deve-se ter em conta que permanece ativa a discussão acerca da possibilidade do legislador ou do agente público “retroceder ou desviar da direção apontada pela normatividade programática” dependendo da situação fática apresentada. Sobre o tema, “o que se costuma entender é que, perante norma programática, o agente público conserva opção quanto ao momento de agir e quanto aos meios para alcançar a meta normativa”, ou seja, embora, “a princípio, não ter liberdade para tomar um caminho diferente daquele traçado pelo programa constitucional, o agente público deteria a liberdade para não iniciar ou continuar a rota normativamente prevista”, ainda que essa faculdade não seja plena, vez que para manter a coerência do sistema, encontra limites no princípio da razoabilidade (OLIVEIRA, 2015, p. 35)

Análise perfuntória do caráter programático das normas constitucionais, tem levado, por vezes, à equívoca conclusão de que diante deste caráter dirigente, o Poder Judiciário estaria apto a substituir o legislador e o administrador público. Contudo, esta solução deixa de observar característica fundamental do instituto ora em análise, qual seja: “A atuação do judiciário na implantação das normas programáticas é, por princípio, secundária, coadjuvante. O ator principal das normas programáticas é o legislador (daí o título do livro citado de Canotilho).” Ao Poder Judiciário só é dado intervir em “situação limite, excepcional. O contrário disso pode revelar, ao invés da vontade constitucional, patologia funcional das instituições.” (OLIVEIRA, 2015, p. 34)

Porém, as alterações sociais requeridas pelas constituições não decorrem exclusivamente de normas programáticas. A elas somam-se a atribuições de Direitos Fundamentais que, se de uma parte implicam em deveres negativos ao Estado (respeito à liberdade, da propriedade, etc...), de outra exigem ações efetivas da administração pública com vistas à sua plena realização, como é o caso do direito a educação e saúde para todos os cidadãos.

É neste aspecto que se acirram as discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário para garantir a efetivação de tais direitos no caso concreto, quando da omissão ou deficiência da prestação pública por parte do Poder Executivo. A despeito do já exposto, a resposta ao questionamento central deste estudo prescinde da análise dos aspectos atinentes à formulação das políticas públicas, objeto da próxima seção.

2.2 Da formulação e execução das políticas públicas

Até o presente momento este estudo centrou sua análise na formação do Estado, na centralização do Poder, na feitura das leis e, por último, na alteração das funções do Estado, operadas a partir do surgimento do Estado Social. Neste momento, torna-se necessário situar o que são políticas públicas e como elas são elaboradas e implementadas. Espera-se que o leitor, ao final desta seção, possa constatar que o Poder Judiciário não detém os instrumentos técnicos necessários à tal mister e que, mesmo que sua estrutura funcional fosse modificada ao ponto de assemelhar-se à detida pelo Poder Executivo, esta função ainda não seria por ele adequadamente executada por carecer de legitimidade democrática.

Com efeito, não sendo um órgão composto de agentes eleitos, não está afeito à contínua prestação de contas quanto aos resultados esperados pela sociedade, característica básica da democracia, que permite a renovação do quadro de representantes a partir do transcurso de períodos relativamente curtos.

A noção de política pública somente pode ser firmada mediante a significação atribuída à política, termo que apresenta acepções variadas, variando da concepção política da natureza do homem como ser coletivo até o seu emprego como ferramenta ou métodos e expedientes utilizados por indivíduos ou grupos de indivíduos para influenciar, conquistar e manter-se no poder. (HEIDEMANN e SALM, 2009, p. 29).

Heidemann e Salm (2009, p. 29), relacionam a política como a arte de governar e realizar o bem público, sendo uma teoria ou conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade, como também à organização, ao ordenamento e à administração das jurisdições político-administrativas.

Ao se propor certa linearidade histórica ao conceito de política pública tem-se na trajetória nomes como Laswell (1936) com a expressão *policy analysis* (análise de política pública); Simon (1957) que introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*); Lindblom (1959; 1979) propositor da incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório e Easton (1965) que contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma

relação entre formulação, resultados e o ambiente. Ante o exposto, pode-se definir política pública como o campo do conhecimento que busca, simultaneamente, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças (SOUZA, 2006, p. 23-24).

Apesar da multiplicidade de definições sobre o que venha a ser política pública, é possível estabelecer zonas de convergência às acepções estabelecidas. Assim, o que lhe é plural, no entender de Heidemann e Salm (2009, p. 28) é o fato de que o desenvolvimento de uma sociedade resulta de decisões formuladas e implementadas pelos governos dos Estados em conjunto com forças da sociedade, inclusive a de mercado em sentido lato.

As definições de políticas públicas guiam o nosso olhar para o *locus* em que os embates em torno de interesses, preferências e ideais se desenvolvem, isto é, os governos. No Brasil, somente a partir de 1950, recebe destaque a política de governo gerida com o propósito de resolver ou pelo menos diminuir os problemas sociais em âmbito geral ou setorialmente especificados.

Diante disso, Heidemann e Salm (2009, p. 32) consideram que a sociedade passou a aspirar por um novo tipo de governo, voltado para a atuação sensível em resposta aos anseios e serviços requeridos pelo cidadão. Assim, no contexto exposto pelos autores, o governo acaba sendo um mal necessário, já que é parte integrante e incondicional para que exista uma sociedade e porque: 1) o mercado não substitui o Estado, e os dois precisam de um governo societário; 2) as atribuições pertinentes a uma governança societária estão crescendo; 3) os cidadãos-contribuintes desejam melhor desempenho do que estão recebendo, em troca dos elevados impostos aos quais estão sujeitos. Inteirada destas razões, a administração pública precisa aperfeiçoar-se e aprofundar os estudos para dar uma resposta às necessidades da sociedade, o que dar-se-á por meio das políticas públicas.

Dye (2017, p. 6) sinaliza que cada segmento da sociedade tem suas motivações para a exigência de políticas públicas. Analistas políticos, estudiosos, instituições de pesquisas, assim como o cidadão, preocupados com a sociedade desempenham uma função importante no estudo e criação de novas diretrizes de política pública.

Kraft e Furlong (2013, p. 66) coadunam com Dye e expõem que o diagnóstico e o estudo dos vários segmentos sociais são de extrema importância para criar uma cultura de participação nos processos políticos com influência nas decisões políticas.

Como se vê, o processo de formulação das políticas públicas possui vários atores, que influenciam a ação governamental em determinado sentido, como são exemplos associações de moradores, ONG's nem sempre priorizando a consecução de todas as diretrizes constitucionais.

É neste processo que Frey (2000, p. 214) observa as vertentes da ciência política, e para as quais destacam-se as contribuições das abordagens do neo-institucionalismo e da análise de estilos políticos para o campo de investigação da ciência política e, deste, destaca-se que o interesse da apreciação e de políticas públicas não se restringe meramente a aumentar o conhecimento sobre planos, programas e projetos desenvolvidos e implementados pelas políticas setoriais. Utiliza-se de Windhoff-Héritier para expor que:

Visando à explanação das leis e princípios próprios das políticas específicas, a abordagem da '*policy analysis*' pretende analisar a inter-relação entre as instituições políticas, o processo político e os conteúdos de política com o arcabouço dos questionamentos tradicionais da ciência política (FREY 2000, p. 214).

Neste crescente, Frey (2000, p. 227) divide o agir político em fases: percepção e definição de problemas, agenda-setting, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e a eventual correção da ação. A seguir serão abordadas as fases estabelecidas pelo referido autor na formulação das políticas públicas.

As fases de um processo de criação de política pública iniciam-se com o alerta quanto à ausência de unanimidade na classificação de etapas para a sua formulação. No entanto, vale ressaltar que a formulação, implementação e controle de impacto das políticas são fases regularmente apresentadas pelos estudiosos ao processo de política pública (TREVISAN e BELLEN, 2008, p. 507).

Ainda, como bem elucida Dye (2017, p. 26), na prática, a formulação de políticas públicas raramente acontece em uma sequência de atos. Muitas vezes se faz necessário romper com essa elaboração, esse passo a passo para melhor compreender como as

políticas públicas são elaboradas. Além disso, vale considerar que as tradicionais divisões do ciclo político diferenciam-se, no dizer de Frey (2000, p. 16), apenas gradualmente.

Nesta linha de pensamento, Heidemann e Salm (2009, p. 34) iniciam um estudo do processo de políticas públicas, abordando quatro etapas claramente definidas : a) a tomada de decisão; b) a implementação das políticas, consubstanciada na “ação”, sem a qual não se poderia jamais falar em política pública; c) a verificação da implementação, fase na qual poderá se determinar o grau de satisfação que uma política está produzindo; e, finalmente, d) a avaliação com vistas ao aperfeiçoamento, reformulação ou simplesmente descontinuidade de certa política pública.

A visão academicamente muito expandida e aceita, no que tange a classificação das etapas de uma política pública refere-se à elaborada Frey (2000, P. 226), a qual aduz que as várias fases do decurso das políticas públicas correspondem a uma sequência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase.

Do ponto de vista analítico, o autor complementa que uma subdivisão um pouco mais sofisticada pareceria pertinente e, para tanto, propõe distinguir entre as seguintes fases: percepção e definição de problemas, agenda-setting, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e sua eventual correção.

Quanto à fase da percepção e definição de problemas, argumenta que as dificuldades somente transformam-se em problemas de política a partir do momento em que adquirem relevância de ação do ponto de vista político e administrativo. Assim, somente a convicção de que um problema social precisa ser dominado política e administrativamente o transforma em um problema de *policy*.

A mídia e outras formas de comunicação social, no entender do autor, devem ser consideradas para essa percepção e definição de problemas, uma vez que ao difundi-los lhes garante visibilidade e a possível pertinência política, a exemplo da divulgação de uma notícia sobre a falta de vagas em creche, falta de atendimento em hospital, entre outros acontecimentos propagados pelos meios de comunicação. Considerar a maneira

como os problemas foram definidos, torna-se importante para a proposição de soluções, o que ocorrerá na fase da elaboração dos programas. Dye (2017, p. 26) também aponta para os efeitos da mídia, categorizando-os como (1) identificação de problemas e definição da agenda para os formuladores de políticas, (2) influenciar atitudes e valores para questões políticas, e (3) mudança de comportamento dos eleitores e decisores.

A próxima etapa é chamada agenda-setting, momento de decidir quais das questões será dada atenção e quais serão excluídas ou adiadas para uma data posterior. Para poder tomar essa decisão, é preciso pelo menos uma avaliação preliminar sobre custos e benefícios das várias opções disponíveis de ação, assim como uma avaliação das chances do tema ou projeto de se impor na arena política.

Inserido o tema na pauta política é preciso entre as várias alternativas de ação escolher a mais apropriada, o que será efetivado na fase de elaboração de programas e de decisão.

Implementação de políticas do *policy cycle* é a fase em que ocorrem os esforços de destinação de verbas para desenvolvimento do programa. Momento que, no dizer de Rezende (2007, p. 517), deve “atender os requisitos da legislação vigente que requer a sua aprovação por lei municipal, [...], participação popular e demais particularidades”.

Frey (2000, p. 228) complementa que o interesse nesta fase, refere-se, particularmente, ao fato de que, muitas vezes, os resultados e impactos reais de certas políticas não correspondem aos projetados na fase da sua formulação.

Como etapa de desfecho do *policy cycle*, Frey (2000, p. 228) propõe a avaliação ou controle. Reflete-se sobre os objetivos do programa implantado e das futuras ações, ou seja, se alcançados levam a suspensão ou finalização, caso contrário, inicia-se um novo ciclo “uma nova fase de percepção e definição e à elaboração de um novo programa político ou à modificação do programa anterior” (FREY, 2000, p. 228-29), sendo indispensável para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública.

Kraft e Furlong (2013, p. 188) contribuem pontuando que os critérios de avaliação normalmente são desenvolvidos na fase de implementação. Trata-se de uma comparação para saber qual escolha terá politicamente mais chances de êxito,

avaliando-se o seu potencial. Além da viabilidade política, administrativa e técnica, deve-se averiguar a eficácia e os custos das alternativas disponíveis.

A avaliação de políticas e da correção de ação (evaluation), é imprescindível para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública. Aceita-se que a compreensão do sucesso e do fracasso das políticas públicas é fundamental para o melhor desempenho da administração pública, visão enfatizada e impulsionada ao final da década de 1970 pelo movimento da nova administração pública, oportunidade em que o Estado é fortemente questionado tanto em suas funções, quanto na real eficácia de suas ações interventoras na realidade social (TREVISAN e BELLEN, 2008, p. 531).

Os atores político-administrativos dificilmente se atêm a sequência de fases. Entretanto, é evidente que as realizações dos objetivos públicos demandam recursos financeiros do Estado, que são escassos e, por isso mesmo, pressupõem um gasto planejado e organizado no intuito de propiciar a máxima qualidade de vida aos cidadãos com o mínimo de investimento, uma vez que o Estado da condição de garantidor passa a provedor, substituição impulsionada pela transição democrática do pós II Guerra, que reverbera na Constituição de 1988.

Nesse sentido, dedica-se o planejamento plurianual, previsto no art. 165 da Constituição Federal de 1988, que firma o sistema orçamentário regulado por três leis: o Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA, considerados expressões jurídicas de políticas públicas (JACOB, 2013, p. 244; BRASIL 1988).

A LOA estabelece as despesas e as receitas que serão realizadas no ano subsequente a sua aprovação, provendo os recursos necessários para cada ação constante da LDO, concretizando objetivos e metas propostas no PPA. Aquele momento da alocação de recursos, conforme divisão de Frey (2000, p. 231) corresponde a fase de implementação das políticas públicas, em que ocorrem os esforços de destinação de verbas para desenvolvimento do programa escolhido.

Do que fora exposto nesta seção, resta concluir que o Poder Judiciário não detém condição de executar quaisquer das fases necessárias à correta execução de políticas públicas. Em especial, não está ele sujeito ao controle social dos resultados, vez que por

mais erradas que se mostrem suas escolhas, por mais que as políticas públicas se distanciem daquelas exigidas pelo povo, seus membros continuarão a executar suas funções, inclusive a escolha de outras políticas públicas, privando o povo de alterar este estado de coisas pela eleição de novos representantes.

Com efeito, apesar das dificuldades inerentes à democracia representativa, ela permite melhor *accountability* em relação aos atos praticados pelos representantes do povo, que a ele precisarão comprovar seus acertos e justificar seus erros durante as eleições continuamente elaboradas. Dito isso, e afim de que não restem dúvidas acerca da necessidade de respeito ao governo democrático, trar-se-á tal tema à baila na próxima seção.

2.3 Soberania popular como fundamento do estado moderno

O Estudo da democracia, enquanto instituto de direito e forma política de representação e governo é essencial à compreensão da crítica que se pretende fazer por meio da confirmação da hipótese de que a judicialização das políticas públicas retira do povo o poder de decisão quanto aos designíos da nação e, em especial, quanto a escolha das políticas públicas prioritárias para dada sociedade em um dado momento histórico.

Esta seção tem por objetivo a demonstração de que a soberania popular consolidou-se como característica principal do Estado Moderno e como garantia de auto governo, isto é, do direito de cada cidadão efetivamente atuar para a manutenção ou transformação de uma dada realidade.

A democracia talvez seja um dos temas mais instigantes da sociedade contemporânea e, paradoxalmente, um dos assuntos mais mal compreendidos. De se ressaltar que mesmo nos meios político e jurídico impera a confusão conceitual. Isso se justifica, em parte, pelo fato da teoria da democracia não ter sido elaborada por um único autor, tendo seus traços e características resultado da colaboração de vários autores, numa sucessão de alterações ao longo do tempo.

Ainda que a teoria dominante da democracia reflita uma construção que remonte à Grécia antiga, cujos contornos principais tenham sido razoavelmente precisos até o final da Segunda Guerra Mundial, a história alterou-se a partir daí e uma imprecisão

terminológica passou a tomar conta do tema. Tal fenômeno tem origem no fato de que todos os governos então estabelecidos passaram não só a se proclamar democráticos, como a enfatizar tal caráter nas doutrinas que defendiam. (SARTORI, 1994, p. 17-19)

Contudo, não se pode afirmar que o mundo tenha passado por um período de profunda democratização, mas ao contrário, de que o alargamento do conceito se deu por motivos políticos, ideológicos e até mesmo por equívocos epistemológicos, gerando confusão conceitual que ainda contamina a contemporaneidade.

A dificuldade na compreensão do instituto tem causado grande prejuízo à própria democracia, gerando apatia política e, conseqüentemente, a elitização da participação política e reforço da sensação de irrelevância do indivíduo frente ao Estado. Essa equivocada – ou deturpada - compreensão dos ideais democráticos levou à supressão dos direitos e garantias das minorias, mergulhando o mundo em um período de extrema violência, motivo suficiente para que sociólogos, juristas e cientistas políticos se atentem a importância de resguardar a cientificidade da teoria democrática, impedindo que dela novamente se utilize para atacar seus mais primorosos valores.

Nesse contexto, é necessário que se faça o resgate do conceito de democracia, a fim de que o processo decisório coletivo seja devidamente compreendido em sua essência e que seja explicitado o papel a ser ocupado por maioria e minorias na manutenção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

O termo *demokratía* foi elaborado pelos gregos no século V antes de Cristo para designar, em tradução livre, o “poder do povo” e se caracterizou essencialmente pela realização de assembleias de cidadãos em pequenas comunidades, as quais se reuniam em um local previamente definido a fim de decidirem as questões relevantes para essa mesma sociedade propondo e votando pela aprovação de leis. (BOBBIO, 1997, p. 53)

Importante notar que, embora todos os cidadãos pudessem expressar seu voto, nem todos os habitantes destas cidades-estados eram considerados cidadãos, de forma que com a exclusão das mulheres, de escravos, dos estrangeiros e dos povos submetidos, apenas uma pequena parcela da população realmente detinha o poder de interferir nos seus desígnios.

Isso, todavia, é insuficiente para se dizer que a ausência do direito universal ao voto, vez que a democracia possui dupla função, servindo ora para prescrever um

sistema de governo ideal – dever ser, ora para identificar um governo dotado de determinadas características – o ser. É nessa contraposição, entre o real e o ideal que se pretende buscar a conceituação de democracia no presente estudo. (SARTORI, 1994, p.22-24)

E foi por seus ideais que a democracia retomou força nos séculos XVIII e XIX, especialmente após as revoluções burguesas de 1789 e 1848, movidas pelos desejos de liberdade, igualdade e autodeterminação política. Tais movimentos visaram, sobretudo, a garantia da liberdade do jugo do estado de sociedade, da submissão ao poder alheio, que se apresenta “tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer.” (KELSEN, 2000, p. 25-27)

O movimento democrático moderno, fomentado pelo ideal de igualdade, tem como base, portanto, a recusa do indivíduo à submissão alheia, à opressão do Estado Autocrático e sua luta pelo poder de decidir, por si próprio as leis que se aplicam na sociedade em que vive.

A democracia direta, tida por muitos como ideal – nos moldes da Grécia antiga, todavia, mostra-se cada vez mais difícil de ser implantada, ante a enorme dimensão dos Estados atuais quando contrapostos ao tamanho das antigas cidades-estados ou mesmo dos países dos séculos XVIII e XIX. Dessa dificuldade resultaram variações do modelo democrático, em formas diferentes daquelas utilizadas pelos antigos gregos e da imaginada por Rousseau (BOBBIO, 1997, p. 41).

Não só, a sociedade contemporânea é pluralista, age como uma grande mistura de pensamentos e de posicionamentos religiosos, filosóficos e políticos, afastando-se completamente da massa uníssona, aumentando o dissenso ao invés do consenso.

Ainda quanto aos modelos de democracia, é importante compreender que embora esta possa se apresentar em maior ou menor grau, variando de acordo com a sistemática de cada sociedade, a ausência de determinados elementos desnatura sua essência de tal forma que faz surgir espécie completamente diferente de governo.

Já foi exposto que é a partir da conjunção das noções de liberdade e igualdade que se desenvolve a formatação do Estado Democrático, caracterizado pela

transformação da liberdade natural em liberdade política, apta a estabelecer os critérios de limitação social por meio de princípios de igualdade e autodeterminação.

Ao se tratar da liberdade requerida pela democracia, contudo, necessário se faz esclarecer que esta não se confunde com a liberdade dos germanos, caracterizada pela ausência de submissão a qualquer governo. A liberdade democrática, ao seu revés, “acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo perante a sociedade. Da liberdade da anarquia, forma-se a liberdade da democracia.” (KELSEN, 2000, p. 29)

QUADROS observa que para Rousseau é através de um pacto que o homem procura fixar condições que legitimem a substituição da ampla e insegura liberdade natural, pela liberdade civil, mais restrita, porém capaz de melhor garantir sua segurança, tendo como característica principal o poder do próprio homem racionalmente participar de sua elaboração. (PEIXOTO, COORD., 2015, p. 90)

Assim, a liberdade democrática refere-se ao poder do povo diretamente decidir ou, ao menos, influir nas decisões tomadas por esta coletividade com vistas a ordenar a vida em sociedade. A liberdade individual, então, cede espaço à liberdade da coletividade, que passa a ser considerada como um novo sujeito de direitos: O Estado. Nas palavras de Kelsen:

O imperium parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal. A vontade de cada uma das personalidades libera uma misteriosa vontade coletiva e uma pessoa coletiva absolutamente mística. Esse isolamento fictício efetua-se não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem com simples órgãos de um sujeito hipostasiado de tal poder. No regime autocrático, um homem de carne e osso – mesmo que divinizado – é considerado mandante. No regime democrático é o próprio Estado que aparece como sujeito do poder. (KELSEN, 2000, p. 33)

Disso deflui que para que se possa afirmar que um regime é democrático, deve ele prever e permitir a liberdade de seus cidadãos praticarem todos os atos que a vontade coletiva, formada por meio de escolhas coletivizadas, entenda como lícitos. Mas como se forma essa vontade coletiva? Quem são os sujeitos autorizados a informá-la, isto é, a quem é permitido influir para essa vontade geral? Enfim, quem compõe o “governo do povo”?

Partindo-se do pressuposto de que a democracia está fundada nos pilares da liberdade e da igualdade, com vistas à formação de um autogoverno, seria possível

imaginar que “povo” significaria literalmente “todo mundo”. Todavia, essa conclusão não só não é verdadeira, como se mostra impossível de ser atingida.

É importante observar que na Grécia antiga, embora a democracia fosse aplicada em sua forma direta, como sugeria Rousseau, com cada cidadão opinando sobre cada questão de interesse da sociedade, essa fórmula foi sofrendo alterações e mitigações, especialmente em razão do crescimento das sociedades, cujo elevado número de cidadãos, somada à maior complexidade dos temas daí decorrentes impediu, a manutenção desta forma de democracia. Vale dizer, uma coisa é decidir em um pequeno colegiado, outra, completamente diferente, é o processo de escolha nas grandes e heterogêneas sociedades contemporâneas.

Kelsen observa que tal como se dá em relação à liberdade, a noção de povo exige, para sua plena compreensão, a observação da antítese ideologia e realidade, ou seja, é preciso “confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta.” E, complementarmente, frisa que: “Democracia significa a identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é esse povo?” (KELSEN, 2000, p. 35)

Assim, seja porque mesmo na Grécia antiga o direito de propor ou votar leis não era outorgado a todos, senão aos cidadãos, seja porque é impossível quantificar “todo mundo”, não é possível afirmar que a democracia possa ser descrita como o governo de todos. De se notar que mesmo atualmente, após evidente ampliação dos titulares desse direito no mundo ocidental, persistem restrições ao voto, como no caso dos menores de idade, dos loucos de todo o gênero e dos condenados criminalmente.

Anteriormente foi observado que a somatória das vontades individuais leva à formação de um Estado, que atua a partir de si, em busca do interesse comum, o qual não pode ser entendido como simples soma dos interesses individuais. Nesse contexto, poder-se-ia imaginar que, da mesma forma que o Estado, o “povo” formaria um todo orgânico e indivisível.

Contudo, não é o que decorre da conjunção dos pilares democráticos. Afinal, se o povo fosse um todo orgânico, uma massa indivisível, tal conceito serviria mais para legitimar um governo tirano que uma democracia, vez que como “... o indivíduo nada

representa; em nome da totalidade, um e todos podem ser esmagados a qualquer momento e, por trás da fórmula, “todos como uma só unidade” vislumbramos a justificativa das autocracias totalitárias, não de democracias.” (SARTORI, 1994, p 44)

Sob o prisma do povo enquanto sujeito do poder, tendo-se em vista a limitação já exposta quanto ao povo enquanto “todo orgânico” e a heterogeneidade das sociedades, só resta caracterizá-lo, então, como a maior parte dos cidadãos, entendidos estes como a parcela de pessoas detentora do direito de voto. Daí se poderia concluir que a democracia representaria o direito de uma dada maioria ao controle do governo, por meio do processo eletivo.

Esse conceito, contudo, gera uma antinomia ao próprio sistema democrático, pois se fosse garantido à maioria o direito de controlar o governo, isto é, decidir de maneira absoluta sobre tudo, isto equivaleria a deixar as minorias alijadas do Poder. Nesse cenário, o primeiro eleito poderia manter-se no poder indefinidamente, transformando o sistema em algo totalmente diverso do ideal democrático. Conclui-se, portanto, que só se pode conceber a democracia como governo do povo, se esse povo não for equivalente à simples maioria, já que a minoria derrotada nas eleições é necessária à própria existência da democracia.

Sartori exemplifica a questão ao propor:

suponhamos que uma maioria tenha o direito, em função de seus próprios princípios, de exercer seu poder sem reservas. Inevitavelmente, e quase por definição, essa maioria tratará a não maioria de forma injusta e desigual. Isso significa que a maioria em questão pode manter-se e realmente se mantém com facilidade como maioria permanente. Mas quando temos uma maioria que não pode tornar-se minoria, então não estamos mais falando de uma maioria democrática – isto é, de um sistema cuja regra é o princípio da maioria. Pois um princípio de maioria requer maiorias alternáveis, com as várias partes do corpo político tendo condições de se alternar no exercício do poder” (SARTORI, 1994, p. 55)

Então, parece correto conceituar o povo como sendo o conjunto de pessoas que compreende tanto a maioria quanto as minorias, cujos interesses não podem ser aniquilados sob pena de desnaturação dos pilares que sustentam a democracia, o que equivale a dizer que a democracia é o governo da maioria, limitado pelos direitos da minoria.

Todavia, ainda é necessário apresentar mais um elemento à formulação do conceito de povo, pois partindo-se do pressuposto de que a noção de povo que

representa a teoria democrática (ideal) é aquele que comanda, aquele que de fato exerce o poder, há de se excluir todos aqueles que embora participem do processo democrático, o fazem sem consciência, sem opinião própria e que, portanto, se configuram numa massa sem juízo.

BOBBIO segue raciocínio similar, reconhecendo que o poder de fato não é exercido pela maioria. Para ele:

A democracia como autogoverno do povo é um mito que a história desmente continuamente. Em todos os Estados, quem governa – e aqui falamos de “governar” no sentido de tomar as decisões últimas que se impõem a todos os membros de um grupo – é sempre uma minoria, um pequeno grupo, ou alguns grupos minoritários em concorrência entre si (BOBBIO, 2013, p. 23)

Essa minoria a que se refere BOBBIO exerce o papel de preponderância muito em parte da apatia política da maioria, decorrente, sobretudo, da própria estrutura da sociedade de massas, isto é, do aglomerado amorfo, composto de indivíduos de todas as classes sociais, e que resulta de uma sociedade deveras plural e individualista. (SARTORI, 1994, p.46-49)

Nesse contexto, o “povo real”, isto é, o povo cuja vontade é de fato observada, é composto apenas por aqueles que, detendo direitos políticos, com opinião própria e engajamento intervêm no processo decisório a fim de guiar a formação da vontade comum. (KELSEN, 2000, p. 38)

Fixada a ideia de que o “povo real” de um sistema democrático, confunde-se com os detentores de direitos políticos que ativamente participam da vida política, resta constatar quando e de que forma esse “demos” pratica o papel de governar.

Do que fora até aqui exposto resulta uma noção mais precisa do conceito de democracia, do que o mero conceito etimológico normalmente empregado pelo senso comum. Todavia, para que separemos o ideal de democracia de sua realidade, há que se tomar em consideração que a democracia direta, tal qual praticada na Grécia não tem mais condição de assim ser executada na contemporaneidade.

A fórmula viável para se manter o “povo” no “controle” das instituições foi, então, a utilização da democracia representativa, pela qual o cidadão passou a eleger representantes para em seu nome decidir os temas de interesse da comunidade, ao invés de votá-los direta e individualmente.

Tal modelo de democracia, embora tenha prevalecido, enfrenta resistência desde sua concepção, sendo Rousseau um de seus mais fervorosos críticos, por entender que a soberania equivalia a vontade geral, indelegável e inalienável e que não se podia confundir com a vontade dos deputados, meros comissionários do povo. É nesse contexto que apregoa a ilusão dos ingleses, ao afirmar que:

O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; Tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la. A ideia dos representantes é moderna, vem do governo feudal, desse iníquo e absurdo governo, no qual a espécie humana é defraudada e o nome de homem constitui uma desonra. Nas antigas repúblicas, e inclusive nas monarquias, jamais o povo teve representantes. Não se conhecia sequer esse nome.(ROUSSEAU, 1974, Livro III, Kindle Edition)

Em que pese a contundência das críticas à democracia representativa, não há como negar, pelas diferenças já apontadas entre os Estados Modernos e as antigas cidades-estado gregas, que “a democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela minoria dos titulares dos direitos políticos. KELSEN (2000, p. 43) aduz que os direitos políticos – isto é, a liberdade, reduzem-se a um simples direito de voto.”, mas salienta que a democracia direta mostra-se praticamente impossível nos tempos atuais, pois “não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo seja a única forma real possível da ideia de democracia.” (KELSEN, 2000, p. 46)

A solução encontrada por meio da democracia representativa, não há dúvidas, trouxe inúmeras vantagens ao processo decisório, cabendo destacar a especialidade advinda dos políticos profissionais e a “liberalização” dos cidadãos para se dedicarem aos seus labores, permitindo o desenvolvimento da iniciativa privada e da própria política. Todavia, retirando a participação direta, além do risco de perda do poder delegado, há possibilidade de fraudes no processo eleitoral, de apatia política e de desvirtuamento da vontade do representado por parte do representante. (SARTORI, 1994, p. 52-53)

A perda do poder delegado e as fraudes não necessitam de maior aprofundamento, vez que se configuram em causas clássicas de eliminação da democracia.

Em sociedades cada vez mais pluralistas é muito difícil encontrar um candidato que possa representar as múltiplas facetas de seus eleitores. Um deputado pode, por exemplo, ter uma plataforma ambiental extremamente ajustada com a de seus eleitores, mas divergir de boa parte deles no que diz respeito a temas mais espinhosos, como em relação ao aborto. Parece mais acertada, portanto, a corrente doutrinária que defende que a democracia representativa não deve ser entendida como mera delegação de poderes dos representados aos representantes, mas como o processo de escolha daqueles reconhecidos pela maioria dos cidadãos como capazes de bem tratar os assuntos de interesse coletivo, sem que seus posicionamentos tenham que coincidir com a vontade de seu eleitor em todos os casos. Esse posicionamento encontra firme fundamento no fato de que a maioria das constituições prevê que os deputados não estão sujeitos a instruções diretas dos eleitores, possuindo “independência” em relação a estes.

É interessante observar que enquanto não totalmente suplantados os regimes autocráticos, o parlamento mantinha sua áurea de garantidor da liberdade e da vontade do povo, mas bastou a redução da possibilidade de retomada do poder pela aristocracia para que se ampliassem as críticas ao parlamento, acusando-o de restringir a liberdade do povo.

É neste ponto que toma relevo trazer à tona a judicialização da política, especialmente das públicas. Embora individualmente se comemore a ordem judicial que determina que o Poder Executivo forneça um dado tratamento médico ou promova a construção de uma escola em dado local, o fato é que essa determinação carece, na quase totalidade das vezes, de estudos prévios que justifiquem a destinação de parcela do orçamento público a tal mister.

Sabedores das limitações econômicas, temporais ou mesmo de pessoal que envolvem a escolha das políticas públicas a serem implementadas, não há como ignorar que tais espécies de decisão judicial acabam por drenar recursos financeiros, de tempo ou pessoal para a efetivação de um direito que, na maioria das vezes, tem alcance reduzido em relação à população em geral.

Assim, corre-se o risco de, para a concessão de um tratamento médico experimental ou simplesmente de auto custo, alijar centenas de pessoas de um tratamento médico de eficácia comprovada, cuja implementação foi priorizada após a

elaboração do orçamento público pelo Poder Executivo e sua aprovação pelo Poder Legislativo, órgão que prevê a participação popular ativa nestes casos.

Preterir-se-á, então, um direito legitimamente alcançado por meio da discussão e participação popular direta ou indireta, em face de uma decisão tomada em gabinetes que muitas vezes até mesmo advogados tem dificuldade de penetrar. Essa questão toma relevo ainda maior quando se depara com inúmeras notícias e estudos que demonstram grandes laboratórios patrocinando associações de pacientes com o fito destes obterem na justiça, ordem para que o Executivo adquira medicamento não constante da lista básica do SUS, em alguns casos, ainda sem aprovação na ANVISA ou mesmo prova de eficácia.

A questão que exsurge, então, é como conciliar os ideais democráticos com as características predominantes nas sociedades contemporâneas, posto que o ideal de liberdade se contrapõe à vontade coletiva e precisa ser ajustado à organização do trabalho, às dimensões e complexidade da sociedade contemporânea, inexistindo meios hábeis à participação direta do cidadão em todos os assuntos de interesse da coletividade.

Por outro lado, se não é possível justificar a democracia representativa exclusivamente com base na ideia de soberania popular, é necessário reconhecer que o parlamento permite a ampliação da discussão dos fatos de maior relevo para uma determinada sociedade por meio de sua técnica dialético-contraditória, pela qual se expõem e se defendem argumentos e contra-argumentos, sem o uso da violência e sem a imposição da vontade da maioria sobre as minorias.

As discussões no campo do Poder Legislativo e mesmo entre os Poderes de um dado Estado, tendem a gerar compromissos, pela decisão da maioria, mesmo quando incapazes de gerar consenso com a minoria.

Essa afirmação pode parecer incorreta a primeira vista, já que as decisões tomadas pela maioria, ao menos em tese, independem da vontade da minoria, de forma que podem, via de regra, ser impostas independente de consenso ou compromisso. Todavia, essa percepção se desfaz ao se lembrar que a democracia pressupõe a existência de maiorias alternáveis no exercício do Poder e, conseqüentemente, a ocorrência de minorias.

Assim, tanto o efetivo compromisso com o respeito às decisões tomadas pela maioria, quanto o compromisso com as regras do jogo somente ocorrerão caso as minorias não sejam esmagadas, podendo vislumbrar a ascensão ao Poder e garantir seu direito de oposição.

O princípio da maioria, enquanto mecanismo de apuração da vontade do povo e determinação dos rumos de determinada coletividade, não pode ser confundido como uma simples ditadura da maioria, vez que isto implicaria na negação da própria democracia.

Acerca da limitação do poder da maioria, SARTORI (1994, p. 183), aduz que:

... devemos ter em mente que o que está sendo investigado é uma interação extremamente complexa e global entre governados e governantes. Essa interação consiste em um processo de múltiplos estágios e facetas, onde maiorias e minorias concretas materializam-se (e eventualmente se dissolvem) de várias formas e em vários níveis. Vamos tentar desemaranhar essa interação complicada à medida que formos avançando. No início, só dois pontos estão definidos: onde o processo começa, e o que se propõe evitar. O processo começa com a regra do jogo que estabelece como os conflitos devem ser resolvidos; e a regra (método) é o princípio da maioria. Quanto ao propósito, foi eloquentemente prefaciado por Hamilton: 'Dê-se todo poder a muitos, eles oprimirão poucos. Dê-se todo poder a poucos, eles oprimirão muitos'.

De igual sorte, as normas eleitorais levam o parlamento a ser composto não apenas por aqueles que obtiveram o maior número de votos em contraposição ao total de votos, mas também por aqueles que tiveram os maiores percentuais de votos em seu partido ou coligação, garantindo que minorias também estejam representadas, vez que em partidos menores, a quantidade de votos necessária para ser eleito é inferior ao número exigido em grandes partidos.

Essa proteção concedida às minorias visa a manutenção da própria vida em sociedade, pois mesmo que se conceba a teoria do contrato social como uma ficção ideológica, não se pode negar que nas democracias o equilíbrio social decorre do acordo recíproco entre os cidadãos, que se submetem às leis por reconhecê-las como fruto de um processo formal de votação, que representa a "vontade do povo".

A resposta a essa questão deve ser entendida sob dois aspectos: um do ponto de vista eleitoral e outro do ponto de vista da tomada de decisões no parlamento. O transcurso histórico da democracia permite afirmar que o critério de maioria veio acompanhado do que se denominava "melhor parte", ou seja, de um critério de valor,

pelo qual se buscava atingir decisões justas, por meio da maioria e não simples decisões de maioria. De se notar que sua origem remonta ao processo de escolha de líderes desenvolvido pelos monges, que cientes da falibilidade do ser humano, elaboraram uma forma de eleger “... os mais capazes e os mais adequados, a forma de garantir que uma maioria dos piores não suplantasse a minoria dos melhores” (SARTORI, 1994, p. 192-193)

A realidade social demonstra que o princípio da maioria não se configura como a supremacia absoluta da maioria numérica, mas sim que exercendo a influência de sua posição leve os diversos grupos sociais a se organizarem em apenas dois grupos definidos, restando apenas uma oposição após aparados os fatores de diferenciação que agem no interior da sociedade. Esse entendimento é defendido por KELSEN, que ressalta que:

“O fato de o ponto capital da ação do princípio majoritário não ser a maioria numérica está intimamente ligado ao fato de não existir, na realidade social, um domínio absoluto da maioria sobre a minoria, porque a vontade geral, formada segundo o chamado princípio da maioria, não se manifesta sob forma de *diktat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultante do embate das orientações políticas de suas vontades”. (KELSEN, 2010, p. 69)

É nesse contexto que as minorias tomam maior relevo à democracia, visto que uma minoria constantemente excluída e totalmente desinfluyente das decisões relevantes acaba por recusar-se a reconhecer o jogo democrático, caminhando para o rompimento do Estado Democrático. Como já dito alhures, a democracia só existe onde há maioria e minoria, sendo esta premissa existencial da primeira. Essa peculiaridade força a maioria a participar dos debates dos temas de interesse dessa minoria e a buscar um compromisso que atenda ambos, minoria e maioria.

Não só, as decisões tomadas no parlamento são igualmente afetadas pelo poder da minoria, beneficiada pelos quóruns qualificados exigidos para a alteração/regulação de determinados direitos/situações, de tal forma que muitas decisões tomadas no âmbito do parlamento decorrem de compromissos reciprocamente assumidos entre os diversos grupos que o compõem.

O consenso atribuído às decisões parlamentares não deve ser confundido com calmaria, com ausência de embates. A regra, de fato, é o oposto. A técnica decisória do

parlamento, por meio de discursos, argumentos e contra-argumentos, fomenta a discussão dos temas aproximando opiniões e criando maiorias temporárias, algumas vezes limitada a um determinado objeto.

É em virtude disso que SARTORI sustenta que “na verdade ‘poder da maioria’ é apenas uma fórmula condensada para poder *limitado* da maioria, para um poder restrito da maioria que respeita os direitos da minoria.” e que tal conceito não constitui qualquer novidade, vez que tal conceito já fora reconhecido por BURNHAM, Lord Acton e Guglielmo Ferrero, os quais assim se posicionam em razão da importância que dão à liberdade individual. (SARTORI, 1994, p. 53)

É também com fulcro na liberdade que KELSEN justifica o princípio majoritário, sustentando que:

Afirmar que os mais numerosos são também os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula “a força supera o direito” só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito. Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. (KELSEN, 2000, p. 31-32)

É nesse contexto de liberdade, somada à igualdade (também essencial à democracia) que se desenvolve o processo decisório no âmbito parlamentar. Ele será tanto mais efetivo e tanto mais simples quanto mais homogênea for a sociedade e o próprio Poder Legislativo.

Assim, sendo a unanimidade inviável para a tomada das decisões, resta afirmar o princípio da maioria, limitado pela minoria, como mecanismo apto para a tomada das decisões de interesse do Estado, por viabilizar o processo de deliberação, obrigando ao embate de ideias e contribuindo para a formação de compromissos que permitindo a tomada de decisões de acordo com a regra do jogo e com elevado grau de aceitação social.

Do que fora exposto, é possível perceber que o jogo democrático é o que fornece melhores condições para que o povo faça prevalecer sua vontade, seja para afastar o Estado dos temas da privada, seja para demandar que este assuma o papel de provedor das mais variadas soluções destinadas ao bem estar social. Ainda que na democracia a prevalência das normas decorra de um critério de maioria, a formação desta, depende

de uma série de arranjos e compromissos, o quais levam ao respeito e atendimento de várias demandas minoritárias.

Resta, portanto, contrapor o que fora até aqui exposto ao *judicial review*, de forma a identificar se a judicialização das políticas públicas encontra amparo no Estado Democrático de Direito.

3 JUDICIAL REVIEW: DE VOLTA À CENTRALIZAÇÃO DO PODER?

Traçadas as premissas base deste estudo, torna-se necessário adentrar nos aspectos relacionados à judicialização da política. Neste capítulo será exposto como o *judicial review*, ao ser aplicado à implementação de políticas públicas, acaba por retirar do povo a possibilidade de escolher aquelas políticas públicas que se apresentem mais vantajosas à sociedade, atuando como limitador da liberdade do povo, escopo completamente oposto ao que ensejou sua criação no liberalismo orientador da formação constitucional norte americana.

Pretende-se, ainda, demonstrar que neste modelo, a escolha de implementação ou não de uma determinada política pública é retirada do campo de autonomia dos representantes eleitos, passando a ser determinada pelo Poder Judiciário por meio de decisões judiciais calcadas em normas constitucionais de caráter programático.

Por fim será exposto que, diante da escassez econômica, a determinação de implementação ou mesmo a ampliação de determina política pública poderá ensejar o cancelamento parcial ou total da execução de uma ou mais políticas públicas previamente elencadas como prioritárias para uma dada sociedade, causando não só impactos financeiros, mas frustrando, em última análise, o próprio direito de autodeterminação do povo.

Ao final deste capítulo, espera-se que o leitor possa compreender os riscos que a gestão ou implementação de políticas públicas, pelo Poder Judiciário, pode causar à democracia.

É importante lembrar que, se sob a égide do positivismo cabia ao juiz apenas a aplicação da lei vigente, com o advento da jurisdição constitucionalizada, este passou a observar não só os aspectos formais, mas essencialmente a dimensão substancial do ordenamento jurídico, calcado nos direitos fundamentais (CARVALHO, 2015, P. 257).

A análise desse conteúdo substancial se caracteriza por típica atividade do Poder Legislativo, a quem costumeiramente incumbia sopesar as pretensões e resistências da sociedade no campo da política, inexistindo qualquer questionamento quanto à legitimidade de tal proceder, em se tratando de regime democrático, vez que tal Poder é legitimado por meio de eleições regulares.

Esse tipo de atuação judicial encontra sua origem nos Estados Unidos da América, mas ao contrário do que muitos sustentam, não se encontra no famoso caso Marbury x Madison, de 1803, vez que não se pode atribuir o surgimento de um instituto jurídico a um único ato, de um único homem. De fato, o *judicial review* remonta ao período em que se realizaram as discussões do sistema constitucional federal, quando os denominados *foudings fathers* (fundadores da nação, em tradução livre) optaram por um distanciamento do modelo inglês de exercício do poder, com vistas a limitar o poder do parlamento (ante a ameaça de revogação dos direitos conquistados). (CONTINENTINO, 2016, p.117)

A defesa da legitimidade do Poder Judiciário para efetuar a revisão das leis não decorreu sem fundadas críticas dos anti-federalistas. Com o objetivo de rebatê-las Alexander Hamilton publicou um ensaio, conhecido como federalista nº 78, no qual se abstrai a ideia de que a revisão judicial dos atos do congresso não traria qualquer risco à democracia, pois de todos os “Poderes”, é o que detinha menor força, posto que nem comandava o orçamento, como a Congresso, nem as armas, como o Executivo. O Judiciário estava restrito ao julgamento, pois não tinha condição de impor nem mesmo suas próprias decisões. Fator que não se pode deixar de mencionar é que a defesa do *judicial review* se deveu, sobretudo, pelo receio do povo norte americano ser despido dos direitos de liberdade recém conquistados, visto que não confiavam no Poder Legislativo, oriundo de uma tradição de prevalência absoluta da lei (modelo inglês). (The Federalists, 2001, p. 495-503)

As discussões políticas pré-constitucionais norte americanas também influenciaram o Poder Judiciário daquele país, que em significantes decisões proferidas ao longo da década de 1780 negou a aplicação de leis por afronta às Constituições Estaduais, com vistas à preservação dos direitos e garantias individuais, de forma que o exercício do Poder possuía acentuada ênfase na garantia de manutenção do poder do povo (CONTINENTINO, 2016, p.119)

É importante observar que a tradição jurídica norte-americana – diferentemente da europeia e brasileira, combinou, “num equilíbrio diverso, o princípio democrático com o da garantia de direitos dos cidadãos, admitindo que estes se fundavam num direito natural pré-estatal”, cuja vigência não era afetada pelo “estabelecimento da sociedade

política e da fixação das normas de convivência na constituição e nas leis.” É em decorrência desse conflito entre “a tradição americana de reconhecer um direito anterior à própria constituição” e a “tradição europeia do direito democrático” que muitos autores criticam a “recepção europeia do constitucionalismo norte-americano” por nela visualizar um processo de desdemocratização da constituição e do direito que foi afastando o “povo” do processo de criação do direito.” (HESPANHA, 2016, p. 632-642).

Ao passo em que transferida ao Poder Judiciário, surgiram muitos questionamentos acerca de tal *mister*, já que além de contradizer a tradicional tripartição dos Poderes, é efetivada por um órgão contramajoritário. Esse caráter do sistema de *judicial review* é questionado também nos Estados Unidos da América (onde é praticado há quase dois séculos) e no Canadá, sendo importante destacar a posição de conceituados autores, como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Luc B. Tremblay.

O problema da legitimidade, segundo este último autor, reside no fato já bem conhecido de que a democracia se assenta na ideia de que a fonte de produção das leis reside no povo ou em seus representantes eleitos. Assim, se presumem democráticas as leis oriundas do Poder Legislativo, ao passo que se presumem antidemocráticas as decisões tomadas por juízes, que impliquem na revogação de leis democraticamente votadas, justamente porque estes juízes não foram eleitos para alterar a legislação. (TREMBLAY, 2005, p. 619)

Esse tipo de atuação é, portanto, claramente contramajoritária e, nesse passo, pode-se afirmar que a revisão judicial é presumidamente antidemocrática, cabendo aos seus defensores o ônus de demonstrar sua legitimidade. Várias estratégias foram propostas com este desiderato, valendo destaca-las como: baseada nas fontes (origem); baseada no processo e baseada na natureza ou substância. (Tremblay, 2005, p. 620)

A mais antiga e relevante destas teorias é a baseada nas fontes. Ela sustenta a que a legitimação da revisão judicial depende da comprovação que, de alguma forma, a decisão possui um fundamento positivamente democrático em sua origem. Duas são as formas pelas quais se busca efetuar a prova da origem democrática do *judicial review*. A primeira delas fundamenta-se no fato de que foi a constituição escrita (votada pelos

representantes do povo) quem outorgou a autoridade para os juízes revisarem a validade das leis.¹³

TREMBLAY sustenta a incoerência desta teoria no fato de que a democracia representa um princípio geral da soberania popular, pela qual o povo diretamente, ou por meio de seus representantes eleitos, regula a sociedade como melhor aprouver à maioria. Assim, negar o direito da maioria da população legislar em sentido contrário ao de seus antepassados, estagnaria o progresso da democracia.

A segunda teoria busca eliminar a contradição acima exposta. Para tanto, argumenta que a legitimidade da revisão judicial decorre do fato das normas constitucionais expressarem uma espécie de vontade coletiva de valor superior à vontade expressada em momentos em que se altera a legislação de maneira corriqueira.¹⁴

Por fim, Tremblay identifica, uma outra maneira de apresentar esta segunda teoria, que busca sustentar a prevalência das normas constitucionais sobre a legislação ordinária, a qual denomina de metafísica do dualismo democrático. Segundo tal vertente a política democrática apresenta uma tensão envolvendo o povo “real”, que seria racional ou realmente comprometido com os propósitos da comunidade e aquele representado nas eleições, frequentemente guiados por emoções, interesses pessoais, paixões, necessidades imediatas. Em vista disso, as cortes estariam autorizadas a nulificar as políticas formuladas nestas condições, fazendo prevalecer o direito os direitos fundamentais.

Ao tratar das dificuldades relacionadas à aceitação do controle da jurisdição constitucional, Miguel Gualano de Godoy destaca que:

¹³ Essa é corrente que prevalece no Canadá e assim também foi aceita nos EUA por muito tempo. Essa forma de justificar o judicial review como democraticamente válido foi utilizada na fundamentação elaborada por John Marshall, então presidente da Corte Suprema Norte Americana no julgamento do processo conhecido como Marbury x Madison.

¹⁴ Essa estratégia pode se justificar de várias formas. Para Bruce Ackerman, a noção de dualismo democrático implica em reconhecer uma superioridade normativa às regras constitucionais norte americanas sob o fundamento de que estas foram elaboradas em momentos de discussão política que fixaram o julgamento de uma massa considerável de cidadãos que discutiam o tema coletivamente, ao passo que as alterações ordinariamente elaboradas decorrem do processo normal de legislação, isto é, sem discussões aprofundadas sobre os temas votados na lei, devendo ser encarados não como manifestação direta do povo, mas apenas e tão somente como os ideais de seus representantes. Nesse contexto, as cortes constitucionais tem o dever de manter o direito constitucional, quando contraposto por legislação ordinariamente elaborada, afim de que se evite frustrar direitos dos cidadãos em prol de interesses de seus representantes... (TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, p. 621-622)

Outra objeção diz respeito à justificação da legitimidade do Poder Judiciário (e da Suprema Corte, em especial) como a instituição mais bem capacitada para conservar as decisões constitucionais tomadas pelo povo. Vale dizer, por que deixar nas mãos de um órgão essencialmente contramajoritário a guarda das vontades mais fundamentais do povo? (GODOY, 2012, p. 138)

Da mesma forma também entende TREMBLAY, para quem:

[...] mesmo que a Constituição fosse democraticamente superior à ordinária legislação, disso não seguiria necessariamente que os juízes devam ter o poder para rever a legislação. Na medida em que a legitimidade política é uma questão de *pedigree* democrático, parece seguir que os legislativos, não os tribunais, devem ser moralmente intitulados para tomar as decisões finais em relação à interpretação e aplicação constitucional — pela própria razão que melhor representam as pessoas. (TREMBLAY, 2005, p. 622)

Esses posicionamentos demonstram o quanto é delicada a questão quando posta no contexto do Estado Social, vez que ao serem legitimados a determinar que os Poderes Legislativo e Executivo instituem determinada política pública, ao menos em tese, a competência funcional destes é substituída pelo Poder Judiciário.

Neste aspecto nota-se, *a priori*, uma substancial diferença entre o instituto do *judicial review* oriundo dos Estados Unidos da América do final do século XVIII e aquele praticado no Brasil contemporâneo, vez que troca-se a ordem para que o Estado deixe de fazer algo em razão da garantia de liberdade do povo, para se estabelecer uma ordem de fazer, isto é, de cumprir uma determinada política pública em favor de um indivíduo ou de toda a sociedade.

Maria Paula Dallari Bucci aduz que:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (Bucci, 2006, p. 39, APUD BARBOZA et al, 2012).

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katia Kozicki (2012, p. 73) sustentam que o Poder Judiciário é plenamente apto ao julgamento de questões atinentes às políticas públicas, vez que estas seriam os meios estabelecidos pela Constituição Federal como

adequados à implementação dos direitos fundamentais. Sobre o tema, vale destacar que, para as aludidas autoras:

[...] deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.

Vez que num Estado Democrático cabe ao povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos, a definição das políticas públicas a serem executadas num dado tempo, a análise deste aspecto terá fundamental importância na presente pesquisa.

Outrossim, ainda que parte da doutrina reconheça a legitimidade do Poder Judiciário para tal mister, especialmente quando houver omissão dos Poderes Legislativos e Executivo, como é o caso de KOZIC E BARBOSA, exsurge indispensável averiguar em que casos estes poderiam ser considerados “omissos”, especialmente diante de restrições orçamentárias, da pluralidade de direitos fundamentais a serem atendidos e da plataforma política com que determinado governo tenha sido eleito (política econômica austera, por exemplo).

Lenio Luiz Streck (2015, p. 4), por sua vez, destaca que a questão primordial, no entanto, não residiria no “quanto” de judicialização da política há num determinado sistema, mas sim como são proferidos os julgamentos nestas questões, alertando que esse é um tema muito caro à democracia e que a ausência de controle pode levar ao autoritarismo, consubstanciado no que a doutrina tem denominado de ativismo judicial, que, nas palavras de Elival da Silva Ramos traduz:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. (RAMOS, 2010, p. 129)

O comportamento ativista também é combatido por Cibele Fernandes Dias, para quem “Contrariando os federalistas, a história demonstra que há um perigo real de usurpação do Poder Judiciário sobre o Legislativo.” A conduta antiativista, por sua vez,

evitaria que juízes constitucionais pretendam “heroicamente” indicar o conteúdo das leis, imaginando-se capazes de interpretá-las sem a influência de seus próprios sentimentos. (DIAS, 2013, p. 11 e 12)

Do que fora exposto neste estudo é possível afirmar que a judicialização das políticas públicas apresenta grave déficit democrático, colocando em risco a soberania popular e favorecendo a formação de um Poder Exageradamente mais forte que os demais, nos remetendo ao Estado Monárquico da idade média.

Ademais, o Poder Judiciário também carece de mecanismos para adequadamente determinar a implementação de políticas públicas ou de direitos que naturalmente derivam deste tipo de intervenção estatal.

Respeitável parcela da doutrina não só considera perigosa a transferência de tamanho poder a um único braço governamental, como adverte o risco de que esta atuação jurisdicional extrapole os limites interpretativos das normas, falseando os contornos jurídicos delineados na Constituição Federal a fim de emprestar justificativa jurídica à escolhas meramente discricionárias, como expressamente adverte sobre os riscos que tal situação pode impor à democracia.

Esse último viés é sustentado com base em fatores históricos, especialmente ligados ao antigo regime, o que impõe o estudo do comportamento dos juristas em aludido período.

3.1 - Os juristas e o controle do poder: o que nos revela a história?

Esta seção tem por fim trazer à tona o papel que os juristas exerceram na formação e no exercício do poder ao longo dos séculos e demonstrar que a crescente atuação do poder judiciário em questões de políticas públicas pode levar à dominação social por parte de uma elite burocrática, que tal receio encontra sólidos exemplos na história e que a crescente concentração de poderes no judiciário coloca em risco o direito do povo se autogovernar.

De igual importância, pretende-se com a presente seção, dotar o leitor de subsídios que o permitam concluir pela invalidade da tese de que os juízes seriam mais capazes para a tomada destas decisões, por serem imparciais e dotados de

conhecimento jurídico que os afastaria dos erros cometidos pelo legislador comum ou pelos gestores eleitos.

Da mesma forma, ao final desta seção espera-se que o leitor possa concluir pela falsidade do argumento de que o critério majoritário levou à prática dos mais graves casos de desrespeito aos direitos humanos dos tempos recentes, quais sejam, os crimes cometidos pelos regimes Nazista e fascista, sendo enviesada a visão de que a democracia precisa ser controlada e em alguns casos substituída pelos tribunais.

Segundo Antonio Manuel Hespanha, a expressão “Desembargocracia”, usada por Almeida Garrett carece de precisão histórica, visto que “não eram só os desembargadores que dominavam o poder, nomeadamente esse poder decisivo de dizer o direito”, estando eles, na verdade, em posição inferiorizada aos juristas doutrinadores, autores de livros ou manuais que formaram milhares de juízes, advogados, procuradores, parlamentares, burocratas e, em geral, ‘gente culta’, mesmo não juristas.” (Hespanha, 2017, p 60-64)

A observação feita pelo professor português não se restringe geograficamente à sua terra natal, podendo ser tratada como situação comum em toda a Europa continental do período oitocentista.

De se notar que durante esse período os juristas teóricos assumiram a posição de modelar a opinião comum, os direitos e deveres de cada um, o funcionamento da sociedade e, até mesmo, os poderes do governo. A centralidade desse discurso decorria de sua “eficácia estruturante”, que de maneira direta ou mediada atuava sobre o conjunto da normação social (e não apenas estritamente jurídica). (Hespanha, 2017, p 65-66).

Este papel, assumido com largos contornos de dominação, era:

politicamente conveniente a um projeto de empoderamento das elites sociais. Como mostrou Z. Bauman[1], a sociedade burguesa teve que realizar uma exclusão política imensa, tirando poder, nomeadamente às comunidades camponesas e aos grupos sociais mais desfavorecidos. Fê-lo de muitas maneiras, mas também – e decisivamente – pelos mitos dos méritos da “cultura” e do “mérito cultural”. Hespanha, António Manuel. Sacerdotes do direito: Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista (HESPANHA, 2017, p. 75-80).

Tal modo de restringir o poder a um determinado grupo de pessoas, afastando os grupos desfavorecidos, permitiu aos juristas a conformação do Poder de tal forma a afastar o direito oriundo das periferias e justiças tradicionais (juízes eleitos pela

comunidade), substituindo-os por juízes nomeados pelo novo Poder Central. O argumento, como não poderia ser diferente, fundava-se no discurso de que os julgadores locais eram incapazes de entender a real natureza do direito, vez que despidos do ferramental intelectual necessário para tal atividade.

O passo seguinte mirava desconstituir o direito democraticamente produzido, sob a alegação de que o direito justo não poderia advir da quantidade, do consenso majoritário, mas sim da qualidade:

Neste ponto, o tópico dominante já não era o da oposição cultura/ incultura, mas o da supremacia da “razão” sobre a “vontade” (do ocasional legislador, dos políticos e das suas assembleias, dos eleitores, do “número”). Por isso se reclama para a doutrina o poder de controlar a lei; para os juízes, a possibilidade de adequar segundo o seu arbítrio a regra geral aos casos; para os professores, o exclusivo do sondeio da razão natural que estaria por detrás das soluções jurídicas. Estatalismo, legalismo, abstração e generalidade eram então os tópicos mais invocados pelos juristas para censurar o direito oficial e para recuperar o poder de configurar o direito de que dispunham no Antigo Regime. Ou no momento de estabelecerem teorias gerais, libertas do império do legislador estadual, ou no de se sobreporem à lei no julgamento dos casos concretos. (Hespanha, 2017, p. 96-103).

A exigência de liberdade para o exercício da razão jurídica face à razão dos “políticos” bem demonstra a permanente estratégia dos juristas para imporem a supremacia dos seus pontos de vista, argumentos e valores. (HESPANHA, 2017, p. 92)

Em que pese esta pretensão corporativista, a Europa passou a incorporar, progressivamente, a ideia do direito enquanto “manifestação de vontade do povo, expressa pelos seus representantes ..., escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceria nas constituições dos Estados.”, (HESPANHA, 2016, p. 619-627).

O processo democrático de criação do direito teve reforço na ideia de que o Estado seria o melhor porta-voz da soberania popular, vez que se apresentava como neutro em relação a sociedade, capaz de racionalizar os diversos interesses em conflito em uma sociedade. A ideia de Estado racional implica em lhe reconhecer “a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade das pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional e a fazer prevalecer o interesse do todo (o interesse público, nacional)” (HESPANHA, 2016, p. 642-652).

Em vista disso, a tarefa interpretativa estava quase restrita à exposição da vontade do legislador, a quem cabia, em caso de dúvidas, o esclarecimento do alcance e sentido das leis. De fato, ou se entendia a fonte do direito como sendo:

a vontade (conjuntural) do soberano e, então, não há grandes recursos para construir sobre as suas manifestações um saber coerente e geral como a ciência. Ou se prefere esta construção científica e, então, ter-se-á que substituir a vontade real do soberano, expressa no texto das suas leis, por uma vontade fictícia, de um legislador coerente e razoável, porém fantástico. O espírito da época - que não era apenas do despotismo iluminado dos Estados alemães (nomeadamente, da Prússia e da Áustria) ou o do jacobinismo da França revolucionária, mas ainda o de uma reação europeia contra os abusos de uma doutrina e de uma jurisprudência errante e incerta - acaba por prevalecer, numa conceção de direito que, por ora, concede pouco espaço à construção jurídica. (HESPANHA, 2017, p. 1927-1935).

Consequência lógica desta centralização do poder do Estado e da soberania popular, é a involuntária partilha do poder dos juristas¹⁵, “apesar da decisiva participação que têm em qualquer dos dois modelos de ordem jurídica” (jusracionalista ou democrático-parlamentar), seja como *Kronjuristen* ou como parlamentares, “para não referir já a sua função de participantes privilegiados do novo espaço público.”¹⁶ (HESPANHA, 2016, p. 1833).

A contrariedade à hegemonia dos juristas, impôs uma série de medidas restritivas “em relação ao império da doutrina”, principalmente no final século XVIII, quando são editadas várias normas com vistas à vedação da interpretação doutrinal, a exemplo da França (ordonnance de 1667, I, 3-7; Lei de 24.8.1790; Const. 1791, 3,5,21; Cod. Pen. 1810, art. 127) e Portugal (L. 18.8.1769); devendo as dúvidas sobre os sentidos da lei ser remetidas ao soberano (référé législatif). (HESPANHA, 2016, p 1909-1914).

¹⁵ No contexto político das primeiríssimas décadas dos regimes constitucionais – como se conheceram em França, em Espanha e em Portugal -, esta inexistência de uma função dirigente da doutrina não deixava, afinal, de corresponder à projetada função dirigente da constituição e da lei parlamentar. A doutrina, tal como a jurisprudência, haviam de ser dirigidas, e não dirigentes; o que, no caso da última, era um obstáculo político-doutrinal sério a um controlo judicial da constitucionalidade das leis, pois esta supunha nos juristas e nos juízes uma legitimidade ou competência de interpretar a constituição superior à dos próprios parlamentares. E, de facto, os defensores da soberania (agora, da soberania popular) tendiam a ver inimigos jurados nos juristas ‘sicofantas’ e ‘sofísticos’ – denunciados por J. Bentham - e na sua primazia política -, na tal ‘desembargocracia’ (governo dos desembargadores), resquício da velha ordem, ainda recusada pelo escritor-parlamentar Almeida Garrett nos meados da década de 30, justamente a propósito da vigilância da ‘jurisdicidade’ das leis. Na verdade, a função dirigente da constituição e da lei parlamentar tinha certos corolários. O mais importante era a proibição da interpretação doutrinal das normas de hierarquia superior, remetendo todas as tarefas interpretativas para o órgão legislativo... Esta desconfiança em relação aos juristas continuava-se numa desconfiança em relação aos tribunais. (HESPANHA, 2017, p. 1956-1959)

¹⁶ Seja como for, era grande a nostalgia da época em que o direito era a sua doutrina - sábia, sensata, experimentada, recebida, produto de uma reflexão corporativa - e não as especulações dos *philosophes* ou *idéologues*, ou a vontade arbitrária dos parlamentares. (HESPANHA, 2017, p. 1833)

Nesse contexto, é “fundamentalmente, o anseio, por parte do corpo dos juristas, de recuperar uma hegemonia decisiva que explica a história da teoria das fontes do direito e a teoria da constituição de todo o período oitocentista.” Ainda que os argumentos postos a justificá-los sejam de “dogmáticos, filosóficos, de razoabilidade, eles servem quase sempre para recuperar o domínio do campo de produção/ declaração do direito.” (HESPANHA, 2017, p. 1834-1844)

A soberania popular passa, então, a sofrer restrições decorrentes de proposições que tem por objetivo corrigir “eventual desatino das maiorias parlamentares”, a exemplo dos “governos de assembleia – nomeadamente do período da Convenção e do Terror (1792-1795)”. De outro lado, ora se defendia que a Nação não se limitava aos eleitores que legitimavam as assembleias, ora se afirmava que o direito não decorria do poder político, sendo “tarefa sobretudo codificatória de um direito deposto na tradição e que era preciso, apenas codificar.”¹⁷ (HESPANHA, 2017, 2065-2072).

É a partir de 1804, então, que os juristas passam a recuperar sua tradicional função criadora e legitimadora do direito, é o surgimento do “império da razão, adverso da criação parlamentar do direito e, em contrapartida, adepto de uma sua legitimação pela autoridade racional ou científica”, apta a limitar “o poder do povo de criar direito... pela razão, que, assim, constituía a verdadeira ordem jurídica eminente ou o verdadeiro poder constituinte” a quem ainda se acresceriam “os limites da natureza histórica e orgânica da Nação”, inacessível aos parlamentares, “mas cujo conhecimento estava facilitado aos juristas, aos filósofos, aos historiadores e aos políticos por uma tradição de cultivo de saberes que tinham por objeto a tradição e, finalmente, a alma dos povos.”¹⁸ (HESPANHA, 2017, p. 2134-2171).

¹⁷ O *Discours préliminaire sur le Projet du Code Civil* apresentado por Jean-Etienne-Marie Portalis, no 1º do Pluvioso do ano IX, contém as linhas de orientação desta nova defesa da função criadora dos juristas, agora em face das novidades de um regime de alegado primado da lei parlamentar. Essa defesa articula-se nas linhas seguintes: o direito positivo como aplicação do direito natural; este, como ordem imperativa, fundada na natureza das coisas; os juristas, como possuidores de uma sabedoria, feita de tradição, de estudo e de prática, capaz de identificar os princípios desta ordem e, logo, detentores das chaves de compreensão e de integração do direito legislado; os magistrados, senhores de uma ciência de concretização do direito, estranha à ciência do legislador, o qual, por isso, não pode invadir o campo da magistratura (HESPANHA, 2017, p 2111-2125).

¹⁸ Também por esta via se consolidava o predomínio da autoridade da razão sobre a vontade do poder. De novo, do império do povo para a autoridade dos sábios. (HESPANHA, 2017, p. 2237).

A crise de identificação entre o direito e a lei, trouxe nova oportunidade para que as antigas elites, especialmente os juristas, passassem a lutar pela restauração do poder de conformar o direito, baseando-se na nocividade da formulação das leis com base em critérios majoritários.¹⁹ Também por esta via se consolidava o predomínio da autoridade da razão sobre a vontade do poder. De novo, do império do povo para a autoridade dos sábios. (HESPANHA, 2017, 2239).

É importante destacar que o discurso usado para limitar o direito democrático, restabelecendo o direito criado/descoberto pelos juristas, decorre da equivocada vinculação do positivismo ao:

“mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo) Falou-se então de “totalitarismo da lei”, insinuando que os totalitarismos políticos decorriam, antes de tudo, de uma submissão de todo o direito à lei do Estado. Porventura, a questão estava mal diagnosticada; e também a terapêutica não era necessariamente o combate à legitimidade da lei, ou sequer um combate a travar no plano do direito. Por um lado, a característica principal destes regimes injustos – nazismo, fascismo, estalinismo, franquismo, salazarismo, etc. – não era a idolatria da lei, pois a teoria política que os sustentava, tal como a prática que os mantinha, se baseava antes na existência de ordens jurídicas superiores ao direito do Estado: ou a vontade supralegal do Chefe, ou um direito supra positivo provindo de valores vitais de um povo e do seu Estado ou a organização natural de comunidades anteriores ao Estado, como as famílias, as comunidades ou as empresas. Pelo que a hostilidade à lei, ao princípio da legalidade e aos juristas legalistas, foi um traço comum destas ditaduras. E, assim, o combate mais eficaz a elas não foi feito, por juristas, nos tribunais ou nas escolas, recusando as leis inumanas em nome de princípios. (HESPANHA, 2017, p.,554-677).

Buscou-se no presente capítulo demonstrar a longa relação temporal dos juristas com o exercício do Poder e as formas pelas quais estes buscaram legitimar-se como

¹⁹ A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do antilegalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal - estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo) (HESPANHA, 2016, p. 664-678).

titulares da criação/revelação do direito, evidenciando-se que o adensamento das constituições estatais do pós II Guerra com princípios e valores diversos, teve por objetivo o afastamento da formulação do direito das bases democráticas e sua guarda a uma elite composta por juristas, sob o pretexto de impedir o (re)surgimento de normas abusivas em decorrência do princípio majoritário.

4 CONCLUSÕES

Do que fora exposto resta concluir que a inclusão de valores e objetivos nas constituições do pós II Guerra Mundial trouxe elementos de transformação do paradigma liberal de governo, forçando o engrandecimento dos Estados com vista ao cumprimento destes valores e objetivos.

Trazendo a realidade aspectos notadamente mais restritos do que as teorias pudessem imaginar, os Estados Democráticos de Direito encontraram verdadeiros limites ao cumprimento de tais missões, ora na natural escassez econômica, ora na incapacidade técnica de seus legisladores ou administradores, sem esquecer dos casos em que a maioria formada pós eleições simplesmente não priorizaram ou nem mesmo comungavam dos valores e programas constitucionalmente previstos.

Ora invocando normas programáticas, ora direitos fundamentais, aqueles do povo que foram preteridos pelas escolhas majoritárias ou que simplesmente não tinham seus interesses atendidos encarregaram-se de levar o tema aos tribunais, acusando a omissão/descumprimento constitucional por parte dos poderes eleitos. Estes, embora no início tenham relutado a interferir em assuntos que consideram de alçada dos demais poderes, logo passaram a proferir decisões envolvendo o controle de constitucionalidade das leis em seu aspecto negativo, isto é, visando repelir o tratamento estatal anti isonômico.

Superada esta fase, com a crescente demanda por serviços atribuídos ao Estado e notória incapacidade dos órgãos democráticos de atendê-los na velocidade exigida pelos administrados, o Poder Judiciário passou a determinar a concessão de direitos fundamentais. Tal agir causa preocupação, em especial no âmbito das ações positivas do Estado, vez que o atendimento das demandas sociais se faz naturalmente por meio de políticas públicas, elaboradas com base em critérios técnicos envolvendo a viabilidade econômica, técnica, ambiental, a capacidade de atingir o maior número de administrados e, inclusive, o anseio popular, auferido pela eleição de pessoas que apresentaram determinados projetos de governo.

O Poder Judiciário não dispõe, quer dos instrumentos necessários para a elaboração das políticas públicas, quer para averiguar o grau de benefício ao povo (maior

número de pessoas atingidas com determinada medida). Não só, os tribunais não dispõem de meios efetivos para apurar as prioridades que precisam ser tomadas em dada região em dado tempo, mas principalmente, o Poder Judiciário não está sujeito ao controle popular dos seus atos.

Com efeito, diferente dos órgãos representativos, cuja formação espelha a aprovação popular dos projetos apresentados ou a reprovação do representante quando este falha em cumprir os deveres assumidos, o juiz não sofre qualquer penalidade quando toma decisões baseadas em valores que considera preponderantes sobre outros, ou quando julga adequada a concessão de determinado benefício a um cidadão, ainda que a custa de um efeito proporcionalmente inferior, numericamente falando, quando contraposto à política pública que estava prevista pela administração pública.

Essa falta de *accountability* torna extremamente perigosa a concessão de poderes para que o Poder Judiciário passe a determinar ou priorizar as políticas públicas que deverão ser implementadas. A queda do antigo regime não se deu apenas contra a monarquia, mas também fortemente influenciada pelo desejo de segurança jurídica, muitas vezes solapada pela atuação temerária das cortes de justiça.

A tripartição das funções do Estado teve como principal objetivo o controle do exercício do poder, evitando-se os malefícios vividos quando da concentração do poder nas mãos do príncipe. Eis porque apenas o poder legislativo, representante do povo, estava legitimado a fazer as leis, vedado ao juiz ir além da sua função de ser a boca da lei.

O instituto do Judicial review, nascido nos Estados Unidos no percurso entre a independência dos estados federados e a promulgação da constituição norte americana foi objeto de muito debate entre os federalistas e os antifederalista, sendo criticada fortemente pelo risco de concentração de poder.

Contudo, a prevalência da tese que concedia poderes ao Judiciário para revisar as leis ocorreu com base em aspectos bastante peculiares, em especial o fato do Poder Judiciário ser considerado o mais fraco dos poderes, a quem não se entregava nem as armas, nem o dinheiro. Sintoma da anemia do Poder Judiciário norte americano pode ser facilmente percebida pela inexistência de uma sede própria na capital dos Estados Unidos até a década de 30 do século passado. Coincidentemente, ou não, é a partir de

então que o Poder Judiciário passa a tomar maior relevo naquele país, atuando em questões nitidamente políticas, embora ainda em caráter negativo (proteção econômica da população, vedação ao tratamento anti-isonômico em relação aos negros, etc...)

Não só, e talvez até mais importante do que sua fraqueza, o desejo dos *Founding Fathers* em constituir uma sociedade na qual o Estado não detivesse o poder de interferir na vida privada, nem retroceder nos direitos individuais recentemente conquistados foi fundamental para a aceitação da ingerência contramajoritária. Ora, que mal poderia tal poder fazer em relação ao povo, se a ele só caberia afastar as pretensões do Estado em relação aos seus cidadãos?

Contudo, esta situação altera-se drasticamente completamente com o surgimento do Estado social e a exigência de interferência estatal nos assuntos privados, fato que tem levado a concentração de poderes em um grupo de pessoas escolhidas por uma elite política, pretensamente com base em aspectos técnicos, mas que muitas vezes reflete simples preferências pessoais de julgadores que exercem sua função sem qualquer forma de controle popular.

A peculiar forma política de nosso tempo força diferenciar o *judicial review*, tal como delineado em sua origem, daquele com o qual hoje nos deparamos, para, alertando dos riscos inerentes a crescente acumulação de poderes em órgãos contramajoritários, seja rompida a enviesada naturalização do instituto com fulcro em suas origens democráticas.

Assim, é possível afirmar que a judicialização da política, especialmente das políticas públicas difere completamente do instituto do *judicial review*, tal como formulado no momento da independência dos Estados Unidos da América. Como já exposto, este fora formulado com o objetivo de evitar abusos por parte do Poder Legislativo, especialmente a retirada dos direitos de liberdade recém conquistados e era defendida em razão da fraqueza do Poder Judiciário naquele dado momento histórico, no qual era inimaginável atribuir qualquer função ao Estado, que ultrapassasse a garantia da segurança, liberdade e propriedade de seus membros. Assim, pretender justificar a natureza democrática da judicialização das políticas com fulcro no instituto norte americano caracteriza forte anacronismo, pois deixa de tomar em conta aspectos fundamentais que separam o objeto deste estudo, daquele formulado a mais de duzentos

anos. Com efeito, diferente deste, a judicialização das políticas públicas realizadas nos Estados Constitucionais formados no pós II Guerra implica na concentração de poder em um órgão contramajoritário, que diferentemente daquela época, possui força coativa suficiente para impor o cumprimento de suas ordens e cujas características contramajoritárias levam ao desprestígio da liberdade dos cidadãos, a qual era exatamente o objeto da tutela do *judicial review*.

Por fim, demonstrada a relação dos juristas com o poder, as desconfianças quanto à sua submissão às leis e à tarefa de simplesmente interpretar o direito, somado às revoluções decorrentes deste proceder, tem-se que a judicialização das políticas públicas, tal como praticada contemporaneamente, carece de legitimidade democrática e coloca em risco a liberdade do povo decidir o seu destino enquanto pessoa e os designios de sua nação.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. We the people: 3- the civil rights revolution. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

AGUIAR, Thais Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal. Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/14305/> Acesso em 11 de Julho de 2016

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In. SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. The judicialization of politics in latin américa. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

_____. Direito e política: o Ministério Público e a defasa dos direitos coletivos. Ver. Bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 14, n. 39. Fev. 1999, p. 83. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>

ARAUJO, Roberta Corrêa de. Legitimidade do poder político na democracia contemporânea. Curitiba: Juruá, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais E Segurança Jurídica Fundamentos E Possibilidades Para A Jurisdição Constitucional Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. A legitimidade democrática da Jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação de Mestrado, PUC/PR, 2005.

_____. KOZICKI, Katia. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012 Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03/> Acesso em 10 de julho de 2016.

BARROS, José D'Assunção. Teoria da história, volume I: princípios e conceitos fundamentais. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. Ver. RFD Revista da Faculdade de Direito da UERJ, capa, n. 21. 2012. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> / Acesso em 10 de julho de 2016.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> / Acesso em 11 de Julho de 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). RDA - Revista de Direito Administrativo, n. 240, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 23 de Abril de 2017.

_____. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não, 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim/>. Acesso em 11 de Julho de 2016.

BAUMAN, Zigmund. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Zahar, 2001.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. Dilemas da atuação do Poder Judiciário: Ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

- BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade. 2ª ed. São Paulo. Editora Unesp, 2011.
- _____. Qual Democracia? São Paulo: Editora Loyola, 2014.
- _____. Política e Cultura. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- _____. Direito e poder. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- BOEIRA, Marcos. Os Riscos da Politização do Judiciário e do Ativismo Judicial, 2013. Disponível em: <http://www.formacaopolitica.com.br/artigos/os-riscos-da-politizacao-do-judiciario-e-do-ativismo-judicial-marcus-boeira/> . Acesso em 03 de fevereiro de 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra editora, 1994.
- CELLA, José Renato. Positivismo jurídico no século xix: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>, 2010. Acesso em 10 de maio de 2018.
- CHOMSKY, Noam. Natureza Humana: justiça vs. Poder: o debate entre Chomsky e Foucault. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do *judicial review*: o mito de Marbury. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115
- COSTA, Pietro. Para que serve a História do Direito? Um humilde elogio da inutilidade, in Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, p. 63-80
- DIAS, Cibele Fernandes. Desafios do controle jurisdicional de constitucionalidade: para um “dharma” da jurisdição constitucional. Cidp.pt .Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08143_08158.pdf. Acesso em 03 de Fevereiro de 2016.
- DODEK, Adan M. Judicial Independence as a Public Policy Instrument. Comparative Research in Law & Political Economy. CLPE RESEARCH PAPER 10/2009. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1125&context=c_lpe/ Acesso em 10 de julho de 2016.
- DYE, Thomas R. Understanding public policy. 15 ed. USA: Pearson Education, 2017.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 21, jun. 2000.
- DWORKIN, Ronald. Direito da liberdade: A leitura Moral da Constituição norte Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The endurance of national constitutions. Cambrigde University Press, 2009.
- FUKUYAMA, Francis. As origens da ordem política: dos tempos pré humanos até a Revolução Francesa. Editora Rocco Digital, 2013.
- GUANDALINI JR., Walter. Cidades invisíveis no império do direito. cautelas de método para a pesquisa jus-historiográfica. Trabalho apresentado no seminário Diálogos

Transdisciplinares sobre Direito, Justiça e Interculturalidade, como parte das atividades da Quarta Missão do Projeto “Direitos, Justiça e Interculturalidade nas Fases de Transição” ocorrida entre 01 e 02 de Dezembro de 2016, na Faculdade de Direito de Brasília.

GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia Deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GONÇALVES, Doacir de Quadros. O estado na teoria política clássica. Curitiba: Intersaberes, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. Revista Sequência, n. 51, p. 31-45, dez-2005.

HABERMAS, Jurgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Revista Lua Nova, n. 36. 1995.

_____. Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade - Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. The federalist papers. Skyros Publishing, 2015.

HART, H. L. A. O Conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco. Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise. Brasília: Editora Unb, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris Editor, 1991

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Caleidoscópio do Antigo Regime. São Paulo: Alameda, 2012

_____. Sacerdotes do Direito, Direito, juristas e poder social no liberalismo oitocentista. Coimbra: Kindle, 2017.

HOBESBAWN, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado, Poder Legislativo e Monopólio da Lei no Mundo Contemporâneo. Revista de informação legislativa n. ° 37. Brasília, 1994.

HYRSCHIL, RAN. Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalismo. Massachusetts. Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil. Tradução de Rosina DÁngina. São Paulo: Martin Claret, 2015.

JACOB, Cesar A. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada P. WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013. p. 237-284.

JUNIOR, Edil Batista. O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da Hermenêutica constitucional no Brasil. Curitiba: editora Juruá, 2011.

KELSEN, Hans. A Democracia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O que é justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. Public policy: Politics, analysis, and Alternatives. Thousand Oaks: Sage Publications, 2013
- KRAMER, LARRY D. The people themselves: Popular constitucionalismo and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004
- LAZARI, Rafael de, BERNARDI, Renato (orgs.); autores Adolfo Mamoru Nishiyama...[et al.]. Crise constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. O espírito das leis. Tradução de Cristina Muracho, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Ricardo Quartim De. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Revista de Informações Legislativas, n. 51, 2014, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em 10 de junho de 2018.
- MORIN, Edgar. Ciência com Consciência. 8ª ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Ararape de Sampaio Doria. São Paulo. Bertrand Brasil, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito, São Paulo. WMFmartinsfontes, 2010.
- OLIVEIRA, Fábio Souza. Eficácia positiva das normas programáticas / Positive effects of programmatic norms. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 34-45, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/860/958>>. Acesso em: 17 ago. 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n1p34-45>.
- OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público. Curitiba: Juruá, 2015.
- PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Virgínia K Puppi – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIMENTA, José Marcelo Barreto. Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais. Curitiba: Saraiva, 2016.
- POSNER, Richard A. Para Além do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.
- _____. A Economia da Justiça. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.
- _____. How Judges Think. London: Harvard University Press, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZENDE, Denis Alcides. Planejamento de informações públicas municipais: sistemas de informação e de conhecimento, informática e governo eletrônico integrados aos planejamentos das prefeituras e municípios. Rev. Adm. Pública [online]. 2007, vol.41, n.3, pp. 505-536. ISSN 0034-7612. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122007000300007>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.
- RIBAS, Giovanna Paolo Primor, SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre. Revista Direito, Estado E Sociedade, n. 44, 2014.

- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para Uma Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SADEK, MT. org. *O judiciário em debate* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 119 p. ISBN: 978-85-7982-034-2. Disponível em SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. A Expansão da jurisdição constitucional pela via difusa: um estudo das experiências de Espanha e Itália. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b4634374f3d21e6/> Acesso em 10 de Julho de 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da razão Indolente*. 5ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.
- _____. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez Editora, 2014.
- SANTOS, Douglas Henrique Marin dos Santos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SANTOS, Rodrigo Victor Dos. Cláusula do não obstante: uma alternativa ao modelo institucional vigente. RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 9, 2013, disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_10285_10313.pdf Acesso em 23 de Abril de 2017.
- SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- _____. *A teoria da democracia revisitada: O debate contemporâneo*. Editora Ática, 1994.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.
- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in latin américa*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.
- SOUZA, André Peixoto. *Estado, poder e jurisdição*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias. nº 16. Junho/dezembro 2006, p. 20-45.
- STRECK, Lenio Luiz. *Cadernos de Direito Constitucional: Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v.42, n.3, p.529-550, junho de 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 de Maio de 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122008000300005>
- TRIBE, Laurence; Matz, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and The Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014.
- VALLE, Vanice Lirio do. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: Até onde nos Podem Levar as Asas de Ícaro. Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL, Coimbra, a.11n.20-21(2011), p.185-210.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014.

_____; et al. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 1997.

_____; BAUMANN, Burgos; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2. 2007. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/> Acesso em 10 de Julho de 2016.

_____. Judicialização da política e ativismo judicial. Disponível em <https://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisprudencializacao-da-politica-e-democracia/> Acesso em 10 de julho de 2016.

_____. Não há limites para a patológica judicialização da política. Disponível em Acesso em 12 de julho de 2016. . Ver. Consultor Jurídico. Jan. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica/> Acesso em 12 de Julho de 2016.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the supreme court, and constitutional leadership in U.S history. New Jersey: 2007 (Kindle edition).

WOOD, Gordon S. The creation of the american republic 1776-1787. The University of North Carolina Press (Kindle edition).